

# La cesión de créditos en los proyectos de armonización y unificación del derecho de los contratos<sup>1</sup>

## The Assignment of Credits in the Draft of Harmonization and Unification of Contract Law

MARÍA ELISA CAMACHO LÓPEZ<sup>2</sup>

### RESUMEN

Dentro de los aspectos favorables de la armonización y unificación del derecho, en especial en materia contractual, está la modernización de algunas figuras que a veces quedan anquilosadas en sus respectivos ordenamientos.

Por tal razón con esta investigación pretendemos analizar el tratamiento que se le ha dado a la cesión de créditos en algunos proyectos de armonización y unificación del derecho, con el fin de identificar aquellos aspectos

- 1 Fecha de recepción: 21 de junio de 2017. Fecha de aceptación: 7 de diciembre de 2017. Para citar el artículo: Camacho, M. "La cesión de créditos en los proyectos de armonización y unificación del derecho de los contratos". En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 16, n.º 2, julio-diciembre, 2017. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v16n2.01>
- 2 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho comercial de la misma universidad, magíster en sistema jurídico romanista y derecho de la unificación de la Università degli studi di Roma II Tor Vergata y doctora en sistema jurídico romanista y derecho de la unificación, también de la Università degli studi di Roma II Tor Vergata. El presente artículo es uno de los resultados de la línea de investigación en "Cesión de créditos", perteneciente al Grupo de Investigación de derecho comercial colombiano y comparado, de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigadora del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [maria.camacho@uexternado.edu.co](mailto:maria.camacho@uexternado.edu.co)

conservados de la regulación tradicional de la figura, como también los principales cambios introducidos.

**Palabras claves:** *cesión de créditos, unificación, armonización*

## ABSTRACT

One positive aspect of the harmonization and unification of the law, specially in the contract law, is the modernization of some figures that sometimes remain obsoletes in their system of law.

For this reason with this research we intend to analyze the regulation of the assignment of credits in some projects of harmonization and unification of contract law, in order to identify those aspects preserved from the traditional regulation of the figure, as well as the main ones changes introduced.

**Keywords:** *assignment of credits, unification, harmonization*

SUMARIO: Introducción. I. Sobre las razones y formas existentes de interrelación entre los ordenamientos jurídicos. II. Instrumentos de integración jurídica que regulan la cesión de créditos: A. Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, B. Código europeo de los contratos (CEC), C. Principios del derecho europeo de los contratos (PECL), D. Principios de los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, E. *Draft common frame of reference* (DCFR). III. Análisis de la cesión de créditos en algunos instrumentos de integración jurídica a nivel internacional: A. Naturaleza jurídica, B. Consecuencias del pacto de incredibilidad (incesibilidad), C. Nuevas manifestaciones del principio del *favor debitoris* en la cesión de créditos y nuevas interpretaciones de los derechos existentes a favor del deudor cedido: 1. Inoponibilidad de algunas clases de cesiones, 2. Reconocimiento de la liberación del deudor cedido, 3. Excepciones oponibles, 4. Gastos suplementarios, 5. Derecho a exigir prueba suficiente de la cesión y a abstenerse de cumplir la obligación a favor de quien se dice cesionario. D. Garantías.

## INTRODUCCIÓN

Al abordar el estudio de la cesión de créditos en el derecho comparado, podemos observar cómo esta figura ha sido objeto de importantes variaciones respecto de la disciplina con la que inicialmente fue introducida en la mayoría de códigos decimonónicos.

En ocasiones estos cambios responden a una reelaboración del derecho de las obligaciones al interior de algunos ordenamientos jurídicos, debido al influjo de otros códigos.

Más recientemente el motor que, en nuestra opinión, ha impulsado algunos de estos cambios, han sido los instrumentos de armonización o unificación del derecho existentes a nivel internacional<sup>3</sup>.

En uno u otro caso nos parece que la mayoría de estos cambios en la regulación de la cesión de créditos han sido muy útiles para su mejor comprensión, como también para su actualización.

Para su mejor comprensión porque consideramos que la cesión de créditos a pesar de haber sido tipificada en los códigos civiles adoptados en el siglo XIX, padece algunos inconvenientes debido a que su regulación, en ocasiones, no es completamente clara y demuestra una cierta ambivalencia en torno al entendimiento de su naturaleza jurídica.

También apreciamos una actualización de la figura como consecuencia de la globalización, del desarrollo de nuevas tecnologías y del mejoramiento de las comunicaciones, lo que ha hecho que algunas eventualidades no comprendidas al momento de tipificar la cesión de créditos en los primeros códigos si hayan sido contempladas en algunas experiencias codificadoras del s. XX y del s. XXI, como también en algunos instrumentos de armonización y de unificación existentes a nivel internacional<sup>4</sup>.

Por esta razón con la presente investigación nos proponemos analizar la regulación de la cesión de créditos en algunos de los instrumentos de armonización y unificación del derecho, con el fin de identificar los principales avances que se han producido en la materia y así contribuir, ya sea con el desarrollo de algunos lineamientos básicos de la figura de la cesión de créditos para la posible elaboración de un proyecto de armonización del derecho en Latinoamérica o con una mejor comprensión de la figura, dada la importancia del crédito como un activo dentro del patrimonio de cualquier sujeto de derecho y el creciente interés en algunas especies particulares de cesión, como la cesión de créditos en garantía.

3 Nos parece que este es el caso de la reforma introducida al código civil francés, pues aunque en el Informe al Presidente de la República relativo a la Ordenanza n.º 2016-131 del 10 de febrero de 2016, no se indica expresamente la incidencia que los proyectos de armonización y unificación del derecho han tenido en los cambios efectuados a la disciplina de la cesión de créditos, reconociendo en cambio la importancia de la práctica y el desarrollo jurisprudencial en la materia, es dable inferir que también estos proyectos han tenido cierto influjo sobre el tema, tal como de manera general se reconoce en dicho informe.

4 Cfr. FRIGNANI, Aldo. *Il contratto internazionale*, vol. 12, en: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. por Francesco Galgano, Italia, Wolters Kluwer, 2010, p. 345, quien reconoce los esfuerzos dirigidos a la unificación de la figura en los más recientes instrumentos internacionales.

## I. SOBRE LAS RAZONES Y FORMAS EXISTENTES DE INTERRELACIÓN ENTRE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

La integración económica de las naciones es generalmente el motivo que conduce a la integración de otros ámbitos, como el social, político y jurídico, pues se parte del presupuesto básico de que la integración en estos otros ámbitos sirve para alcanzar la primera.

Así se aprecia por ejemplo en las razones que se exponen a favor de la integración jurídica en el derecho contractual europeo, pues se considera que la misma contribuye a: "facilitar las operaciones transfronterizas en los mercados internos, a reducir los costos de las transacciones, y a permitir a los operadores del mercado maximizar las ventajas ofrecidas por el mismo"<sup>5</sup>.

En otras palabras, la integración jurídica en esta materia beneficia a las empresas, pues supone una mejora en el funcionamiento del mercado interior ya que reduce los costos para los empresarios que quieren hacer negocios en otros países, y esto a su vez promueve la competencia y la confianza de los consumidores al momento de efectuar transacciones transfronterizas<sup>6</sup>.

Sin embargo esta idea no es compartida por algunos autores quienes se oponen a la integración del derecho contractual europeo presentando críticas de diverso orden, dentro de las cuales nos interesa resaltar aquella que sostiene la carencia de evidencia empírica que demuestre los beneficios aportados por la integración jurídica, pues su ausencia conduce a que dichos beneficios se consideren más supuestos que reales<sup>7</sup>.

5 Cfr. ALPA, Guido. *Le "fonti" del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, (sintesi della relazione presentata al 1° Convegno nazionale S.I.S.D.I.C.). En: *Il diritto civile oggi. Compiti specifici e didattici del civilista - Atti del I Convegno nazionale SISDIC*, Napoli, 2006, p. 12, (trad), quien explica que estas son las razones por las cuales el Parlamento europeo y el Consejo europeo apoyaron el plan de acción del año 2003 propuesto por la Comisión europea.

6 Cfr. MOMBERG URIBE, Rodrigo. *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*. En: *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2009, vol. 22, n.º 1 [citado 2015-10-15], p. 19 Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000100001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000100001&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000100001>, quien enumera estos como los argumentos compartidos por la doctrina favorable a la armonización, la que en su opinión parece ser mayoritaria, especialmente en los países del norte de Europa.

7 En este sentido MOMBERG, R. Ob. cit., menciona dentro de las críticas hechas al proceso de armonización del derecho contractual europeo a través de un Marco común de referencia (DCFR) las siguientes: (1) La falta de competencia de la Unión Europea para adoptar un instrumento normativo general como el DCFR; (2) la adopción de un sistema de principios en el DCFR que no refleja la sociedad, pues la Comisión de las Comunidades parece haber adoptado una ideología neoliberal contraria a la tendencia contemporánea; (3) el carácter facultativo u opcional del DCFR que lo hace un instrumento fácil de evadir; (4) y la verdadera necesidad económica de la armonización, la que según afirma Momberg, es

En el caso de la integración jurídica latinoamericana podríamos enunciar a su favor los argumentos previamente expuestos para la integración del derecho contractual en Europa, pero a estos comúnmente se suman: la "identidad de varios factores como lingüísticos, geográficos, de religión, cultura, costumbres, problemas similares y raíces jurídicas comunes"<sup>8</sup>.

A pesar de estos factores favorables a la integración jurídica latinoamericana, consideramos que resulta necesario empezar por hacer prosperar la integración económica que justifica la primera, pues hemos visto cómo en algunas ocasiones los intentos de integración se han visto empañados por diferencias políticas que terminan con la ruptura de los procesos en curso<sup>9</sup>.

puesta en duda por especialistas en teoría económica o análisis económico del derecho, como también por los supuestos beneficiados con el proceso, es decir, los comerciantes y empresarios. Por su parte: Gómez Pomar, Fernando; Ganuza Fernández, Juan José. *Fundamentos económicos de la armonización del derecho privado europeo*. En InDret [online], n.º 2, 2011, [citado 2015-10-15], p. 10, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/241330/323921>, expresan sobre la falta de pruebas que demuestren la reducción en los costes de transacción: "En conclusión, los costes de transacción derivados de la fragmentación jurídica parecen ser significativos (de hecho, lo más probable es que no sean nada despreciables, tanto por razones empíricas como teóricas), y la elección del derecho aplicable, aunque puede llegar a ser muy útil, no los reduce de manera significativa. Por tanto, la base del argumento de que la armonización es innecesaria no es tan fuerte como parece". A favor de la armonización del derecho contractual Alpa, G., ob. cit., p. 15, comenta los resultados de un estudio en el que sobre una muestra de 175 hombres de negocios se verificó que los operadores económicos entrevistados eran favorables (en un 65%) a la realización de la armonización del derecho contractual propuesta por la Comisión europea y por el Parlamento europeo, a pesar de considerar prioritario el mejoramiento de la legislación vigente.

8 Cfr. GARRO, Alejandro M. *Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*. En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 22 (1993): 111-124, p. 5. Igualmente SCHIPANI, Sandro. *Releer los digesta de Justiniano para un Código de las Obligaciones latinoamericano*. En: Roma e America, n.º 26, 2008, p. 49, quien se refiere a los aspectos favorables a la armonización del derecho en latinoamérica, pero también identifica dentro de las principales dificultades a este proceso de integración: "En relación al derecho de las obligaciones, las dificultades constatadas se refieren a la difundida separación entre Codificación civil y comercial, y a otra serie de problemas puntuales; así, respecto al orden sistemático de la materia, tanto por la inclusión o no en los Códigos civiles de una parte relativa al negocio jurídico, como por la adopción en algunos ordenamientos de la eficacia real del contrato, y, en general, por las reelaboraciones dogmáticas de algunas partes de la materia con el consiguiente problema de su colocación sistemática." (subraya fuera de texto).

9 Ver GÓMEZ, Angela. *Dificultades de la integración económica en América Latina "La Armonización de impuestos indirectos el mayor desafío en la CAN"*, [en línea] 2010, XIII (Enero-Junio) : [Fecha de consulta: 13 de enero de 2016] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617271004>> ISSN 0121-182X. Estas dificultades en los procesos de integración económica en América Latina es la razón por la cual aunque inicialmente el propósito de armonización era la motivación del presente estudio, después de haber estudiado un poco más la cuestión, pasó a un segundo plano, quedando simplemente el interés académico.

Identificadas las razones que justifican los esfuerzos de integración jurídica entre algunos países, debemos ahora analizar los diversos instrumentos jurídicos que sirven para el efecto, los cuales dependen del grado de compatibilidad al que se pretende llegar entre los diversos ordenamientos jurídicos<sup>10</sup>, o de la etapa en que se encuentre dicho instrumento respecto del proceso tendiente a la unificación de las normas de varios ordenamientos<sup>11</sup>.

Siguiendo el primer criterio, pueden distinguirse varios niveles de compatibilidad.

El nivel máximo se logra a través de la unificación, que consiste, como la palabra misma lo indica, en "hacer de muchas cosas una o un todo, uniéndolas, mezclándolas o reduciéndolas a una misma especie"<sup>12</sup>. En el ámbito jurídico la unificación se logra a través de la adopción de un texto común<sup>13</sup>.

Dentro de los instrumentos que permiten alcanzar la unificación se encuentran: la adopción de códigos como por ejemplo el Código europeo de los contratos, o el UCC; las convenciones internacionales como la Convención de Viena, entre otros<sup>14</sup>.

Un segundo nivel, que podríamos considerar intermedio, es la denominada armonización "mediante la cual se logra cierta coincidencia entre las legislaciones de países diversos"<sup>15-16</sup>.

10 Cfr. ALTERINI, Atilio A. *Los mecanismos para hallar una lingua franca jurídica*, en Roma e America, n.º 26, 2008, p. 19 a 35.

11 Nos parece que esta es la idea de KNÜTEL, Rolf. *Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni*, en Roma e America, n.º 27, 2009, p. 18, (trad.), quien sostiene que: "Entre las modalidades recordadas para lograr la unificación del derecho, podemos distinguir aquellas prácticas, que producen concretamente la unificación, de aquellas académicas que desarrollan un rol preparatorio. Las prácticas se pueden individuar en los órganos de la UE."

12 Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>

13 Cfr. ALTERINI, A. Ob. Cit., p. 19.

14 Cfr. ALTERINI, A. Ob. Cit., p. 19 y ss., quien incluye las Directivas de la Unión Europea, y menciona para el caso de Latinoamérica el código de Bustamante que resultó del Tratado de la Habana de 1928.

15 Ibídem.

16 A su vez, dentro de la armonización se distinguen varias clases como la armonización plena o mínima, entre otras. Recientemente se aprecia un auge de los conceptos de armonización plena y mínima debido a la "Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", en cuyo art. 4º se acogió la primera bajo los siguientes términos: "Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores". De ello se colige que, en cambio, la armonización mínima es aquella en la cual se establecen unos estándares mínimos sobre los cuales los estados miembros pueden regular. Ver sobre el tema EBERS, Martin. De la armonización mínima a la armonización plena, en InDret, n.º 2, 2010 [online], [citado 2015-10-15], disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225376/306687>

Es esta la razón por la cual, al hablar de integración jurídica, algunos autores prefieren distinguir entre los conceptos de unificación y armonización y no los equiparan, pues consideran que ambos tienden a fines distintos<sup>17</sup>.

En un tercer nivel se encuentra el denominado *soft law* porque "no tiene carácter vinculante, pero ofrece un modelo normativo utilizable por los Estados o por los particulares"<sup>18</sup>.

Dentro de los instrumentos jurídicos de *soft law* se encuentran: las leyes modelo, las reglas uniformes elaboradas por la CCI, los *restatements of law* preparados por el American Law Institute, los instrumentos elaborados por organizaciones internacionales como UNIDROIT con el propósito de regir contratos de los particulares, entre otros<sup>19</sup>.

Teniendo en cuenta el presente marco dentro del cual se desenvuelve la integración jurídica, a continuación veremos los instrumentos jurídicos que han tratado la figura de la cesión de créditos para comprender su alcance, antes de dedicarnos al estudio de las reglas previstas para la cesión en dichos instrumentos.

## II. INSTRUMENTOS DE INTEGRACIÓN JURÍDICA QUE REGULAN LA CESIÓN DE CRÉDITOS

El propósito del presente numeral es comentar brevemente los instrumentos de integración jurídica que contienen una disciplina de la cesión de créditos, para conocer el origen de dichos instrumentos y sus objetivos básicos.

### A. CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL<sup>20</sup>

En primer lugar podemos ubicar dentro de estos instrumentos a la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, aprobada mediante Resolución 56/81 del 12 de diciembre de 2001.

Este es un instrumento a través del cual se pretende adoptar un régimen uniforme para la cesión de créditos, tal como se deja planteado en el preámbulo de la misma, por lo que se ubica indefectiblemente dentro de los instrumentos que tienden a la unificación del derecho.

17 En este sentido GARRO, A. Ob. Cit., p. 4, nt. 4; Alterini, A. Ob. Cit.; Ciuro Caldani, Miguel A., *Bases iusfilosóficas para la armonización del derecho privado latinoamericano*, en Roma e America, n.º 26, 2008, p. 37.

18 Cfr. ALTERINI, A. Ob. Cit., p. 19.

19 Ibídem.

20 Véase sobre la Convención: ACEVEDO REHBEIN, Alberto. *La cesión de créditos y las cláusulas de mejores esfuerzos en el derecho comparado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

El objetivo principal de la Convención es, en términos de su nota explicativa: "(...) promover la disponibilidad transfronteriza de capital y crédito financiero a tipos de interés más asequibles, facilitando así el tráfico transfronterizo de bienes y servicios. La Convención alcanza tal objetivo al reducir la inseguridad jurídica respecto de una serie de cuestiones que se plantean en el marco de importantes operaciones de financiación basadas en los créditos por cobrar de la empresa financiada, que incluyen también operaciones de préstamo basadas en los bienes de la empresa, el facturaje, otras formas de descuento de facturas, la venta de créditos (forfaiting) y la bursatilización, así como ciertas operaciones no estrictamente financieras"<sup>21</sup>.

Se aprecia entonces que el interés en establecer un régimen unificado de la cesión de créditos está en el carácter instrumental que esta tiene respecto de varios negocios jurídicos cuyo objeto es el crédito, pues la cesión sirve para el desarrollo de dichos negocios.

Conforme al n.º 1º del art. 45 de la Convención, ésta entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; por lo cual no ha entrado en vigor, pues hasta el día de hoy no ha cumplido el requisito previsto<sup>22</sup>.

Precisamente debido a que este instrumento no ha entrado en vigencia, no será analizado en profundidad, y sólo se harán algunas referencias cuándo se considere necesario.

## B. CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS (CEC)

El Código europeo de los contratos, que identificaremos a partir de ahora con la sigla CEC, ha sido elaborado por la Academia de *Jurisprivatistas* europeos coordinada por el Prof. G. Gandolfi.

Esta Academia fue nombrada por el Parlamento europeo como asesora científica de la Comunidad europea.

El art. 1º de sus estatutos consagra que la Academia "tiene por objetivo contribuir mediante la investigación científica a la unificación y a la futura interpretación y aplicación del Derecho Privado en Europa, en el espíritu de

21 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, p. 30.

22 La Convención ha sido firmada por: los Estados Unidos de América (30/12/2003), Luxemburgo (12/06/2002), Madagascar (24/09/2003) y Liberia es el único país que ha adherido a la Convención el 16 de septiembre de 2005, ver United Nations treaty collection [on line], [citado 2015-10-15], disponible en: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=X-17&chapter=10&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-17&chapter=10&lang=en).



ls (sic) convenciones comunitarias", y, además, "pretende promover el desarrollo de la cultura jurídica".

Atendiendo estos objetivos la Academia inició la redacción del proyecto de CEC en 1995 culminando la redacción en francés del libro primero sobre "Los contratos en general" en 1999.

Teniendo en cuenta la clase de instrumento jurídico adoptado y los objetivos de la Academia, el mismo se enmarca dentro de la órbita de los instrumentos tendientes a la unificación del derecho.

Dentro de los temas abordados en el CEC se encuentra la cesión de créditos, la cual ha sido regulada en la Sección 2ª del Título IX relativo a la: "Cesión de Contrato y de las relaciones que nacen del Contrato".

### C. PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS (PECL)<sup>23</sup>

Los principios del derecho europeo de los contratos, conocidos por su sigla en inglés PECL, han sido elaborados por la Comisión en derecho europeo de los contratos presidida por O. Landö.

Su redacción tiene por objeto servir a un cometido mayor cual es la elaboración de un Código europeo de derecho común de contratos por solicitud del Parlamento europeo, el cual encargó la redacción por medio de la Resolución del 26 de mayo de 1989. Posteriormente el 6 de mayo de 1994 el Parlamento europeo ratificó este encargo, considerando que la armonización: "es esencial para la conclusión del mercado interno"<sup>24</sup>.

Bajo esta óptica parece constatare ampliamente la afirmación de Knütel según la cual se distingue entre los instrumentos que producen concretamente la unificación, de aquellos que desarrollan un rol preparatorio, cómo en este caso ocurre con los PECL.

A su vez, atendiendo el criterio del nivel de compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos los PECL se podrían catalogar como un instrumento de *soft law*, pues su naturaleza es opcional, tal como lo indica el art. 101: numerales 2 y 3.

Dentro de las fuentes más consultadas para la elaboración de estos principios se encuentran: "(...) el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos y los Restatement (Second) del derecho de los contratos, el Código Civil de Argelia de 1975, la Ley del contrato económico extranjero de China, las reformas al nuevo Código Civil holandés y el nuevo Código Civil de Québec, los cuales están vigentes a partir de 1992 y 1994, respectivamente. También se consideraron los instrumentos internacionales como la Convención de la ONU sobre Compravente Internacional de Mercaderías y otros documentos de igual

23 Para un estudio amplio sobre los PECL véase: LABRIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. *Los principios del derecho europeo de los contratos y el favor contractus*, en *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II. 2006.

24 Cfr. ALTERINI, A. Ob. Cit., p. 31.

rango preparados por Uncitral o CNUDMI. Además, se dedicó especial atención a los instrumentos no legislativos elaborados por cuerpos profesionales o asociaciones de comercio ampliamente utilizados en el comercio internacional"<sup>25</sup>.

Por su parte, los PECL han sido utilizados por los redactores del DCFR para redactar la parte concerniente a los principios sobre los cuales se funda el DCFR, así como también para elaborar otras reglas, lo que se aprecia de manera nítida en el régimen de la cesión de créditos, debido a la similitud entre algunos de los artículos del DCFR con los de los PECL.

Estos principios se encuentran divididos en tres partes, de las cuales, las dos primeras fueron revisadas en 1998, mientras que la III fue terminada en el año 2002. La cesión de créditos está regulada en el capítulo 11 de la tercera parte.

#### D. PRINCIPIOS DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE UNIDROIT<sup>26</sup>

Los principios Unidroit son un conjunto de reglas elaboradas por el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), cuyo objetivo inmediato es regular los contratos celebrados por los comerciantes a nivel internacional, cuándo las partes así lo hayan pactado, o se presente alguna otra causal de las previstas en el preámbulo para su aplicación.

Son un instrumento de *soft law* debido a que su naturaleza es opcional, pues no son obligatorios para los contratantes, a menos que estos los hayan elegido para regular su contrato.

Su fin último es servir para la unificación del derecho comercial internacional a lo que pueden contribuir en la medida en que se generalice su aplicación.

De los principios Unidroit se han elaborado hasta el momento tres versiones: la primera data del año 1994, la segunda del año 2004 y la tercera del año 2010.

Las dos últimas versiones conservan el texto de la primera y lo complementan.

Así por ejemplo la figura de la cesión de créditos fue incorporada en la segunda versión de los principios Unidroit en el año 2004.

#### E. DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR)

El *Draft Common Frame of Reference* o marco común europeo de referencia, de acuerdo con su traducción al español, es uno de los más recientes instrumentos de integración jurídica a nivel europeo.

25 Cfr. LABRIEGA, Pedro. Ob. Cit., p. 387.

26 Más ampliamente sobre los principios Unidroit: ROMERO GIL D., María Concepción P., *Avances en la aplicación de los principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. cláusulas modelo para los contratantes*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, n.º 1, marzo 2014, pp. 253-268.

Se trata de un conjunto de reglas que abarcan distintas áreas del derecho privado, las cuales han sido elaboradas partiendo de unos principios básicos que fundamentan su contenido.

Los autores del dcfr son el *Study Group on a European Civil Code* (Study Group) y el *Research Group on the Existing EC Private Law* (Acquis Group).

Su redacción es fruto del Plan de acción trazado por la Comisión europea en el año 2003, a través del cual se pretenden eliminar las principales dificultades que se presentan en el derecho contractual comunitario, como por ejemplo: "la utilización de términos jurídicos no definidos en las Directivas, su inaplicabilidad práctica en algunos ámbitos específicos, diferencias de aplicación en los derechos internos debido al principio de armonización mínima e incoherencias de tipo general en el derecho contractual europeo"<sup>27</sup>.

La razón por la cual resulta de interés resolver estas dificultades estriba en que, según la Comisión, esos inconvenientes perjudican las transacciones transfronterizas, pues constituyen un obstáculo a las mismas, especialmente a nivel de pequeñas y medianas empresas y de consumidores<sup>28</sup>.

### III. ANÁLISIS DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN ALGUNOS INSTRUMENTOS DE INTEGRACIÓN JURÍDICA A NIVEL INTERNACIONAL

#### A. NATURALEZA JURÍDICA

Para poder inferir la naturaleza jurídica que se le atribuye a la cesión de créditos, analizaremos la definición aportada por algunos de los instrumentos de armonización y unificación.

Dentro de los instrumentos estudiados encontramos un artículo dedicado a definir la cesión en los Principios Unidroit (art. 9.1.1), en la Convención (art. 2º) y en el DCFR (art. 5:102).

De las definiciones contenidas en estos instrumentos se desprende de manera clara y simple la idea de la cesión de créditos como la transferencia<sup>29</sup> convencional de un crédito, es decir, aquella que resulta del acuerdo entre las partes y no de la ley<sup>30</sup>.

27 Cfr. MOMBERG, R. Ob. cit., p. 12.

28 Ibídem.

29 Aunque en la traducción del DCFR se emplea, parece de forma genérica, la expresión transmisión.

30 Así está consagrado de manera expresa en el art. 9.1.1 de los principios de Unidroit, en el que se indica: "Une "cession de créances" est le transfert par convention..." (subraya fuera de texto), e igualmente en el n.º 1º del art. 101 del "Esta Sección se aplica a la cesión, mediante contrato u otro acto jurídico, del derecho al cumplimiento de una obligación". Por su parte en la Convención, aunque no está consagrado expresamente sí resulta delimitado su alcance a ese tipo de transferencia en sus comentarios, véase en la nota explicativa

Sin embargo el DCFR no se limita a proveer una definición de la cesión, sino que también alude al "acto de cesión".

Así pues, mientras define la cesión como: "...la transmisión del derecho de una persona (el "cedente") a otra persona (el "cesionario")", indica que el acto de cesión "es un contrato u otro acto jurídico cuyo objeto es efectuar la transmisión de un derecho".

Asimismo el art. 5:118 del dcfv se refiere a otra relación jurídica cual es el "contrato u otro acto jurídico subyacente", entendido como el contrato u acto por medio del cual el cedente se compromete a ceder su crédito al cesionario.

Se aprecia entonces cómo el DCFR emplea tres términos distintos. Se refiere por una parte al contrato o acto jurídico subyacente del cual se desprende la obligación a cargo del cedente de ceder su crédito. Es el caso por ejemplo de un contrato de *factoring*, de una compraventa o de una donación de un crédito. De estos tres negocios puede surgir la obligación a cargo del cedente de transferir sus créditos.

Ahora, a estos contratos u actos jurídicos subyacentes los pueden subseguir separados actos de cesión cuyo objeto es efectuar la transferencia de un derecho. Piénsese por ejemplo en el contrato de *factoring* que puede estar acompañado de varios actos de cesión posteriores que establezcan los términos en que las cesiones deberán hacerse<sup>31</sup>.

Y finalmente la cesión, que se refiere al momento de la transferencia del crédito.

Sin embargo, no es necesario que una cesión siempre esté precedida por ambos actos, es decir por el contrato o acto jurídico subyacente y por el acto de cesión, pues puede ocurrir que el primero sea suficiente y por tanto no se estipule un acto de cesión posterior, como en el caso de la venta del crédito que produce la cesión del crédito, sin necesidad de un acto de cesión intermedio; o lo contrario, es decir, un acto de cesión que de lugar a la cesión, sin que sea necesario un contrato o acto jurídico subyacente que cree la obligación de ceder el crédito a cargo del cedente<sup>32</sup>.

La distinción entre estos términos nos parece útil porque permite, en primer lugar, comprender que la cesión de créditos puede tener diversas fuentes, de manera tal que la transferencia del crédito puede provocarse por la intención

a la Convención, p. 31: "Por el contrario, el régimen de la Convención no será aplicable a ninguna transferencia que se efectúe por imperio de la ley (por ejemplo, a una subrogación legal) ni a ninguna otra cesión que sea de índole no contractual."

31 Ello depende de la estructura que asuma el *factoring* en cada caso concreto.

32 Véase el comentario al art. 104 del DCFR, literal f: "Por supuesto, como ya se ha indicado, el acto jurídico que confiere el derecho puede funcionar al mismo tiempo como un acto de cesión inmediata. Entonces no habrá necesidad de acto de cesión aparte."

de adquirir un crédito por parte de un sujeto y de venderlo por otro, o de donar un crédito, o de usarlo como garantía<sup>33</sup>, etc.

En segundo lugar permite una mejor elección sistemática de la figura, es decir que se le da a la cesión una ubicación que, a nuestro juicio, responde de mejor forma a la verdadera naturaleza de la misma dentro del sistema conformado por las reglas contenidas en el DCFR.

Nótese por ejemplo cómo en el DCFR la cesión de créditos es tratada en el Libro III, correspondiente a las obligaciones y derechos, dentro del capítulo 5 relativo a la sustitución de las partes, en el cual, además de la cesión de derechos se encuentra la sustitución y adición de deudores (secc. 2), la transmisión de posición contractual (secc. 3), y la transmisión de derechos y obligaciones en caso de insolvencia del agente (secc. 4).

Esta elección sistemática ratifica el concepto de crédito entendido como el derecho del acreedor a exigir una prestación a cargo del deudor, es decir como contrapunto de la deuda a cargo del deudor, ambas conformando el concepto amplio de obligación.

En tercer lugar, la distinción entre la cesión, el acto de cesión y el contrato o acto jurídico subyacente es útil, porque supone la verificación de los requisitos de formación y validez para cada uno de ellos, requisitos estos que pueden ser los mismos o pueden variar según la regulación contenida en el proyecto<sup>34</sup>.

Relacionada con la anterior, está la cuarta y última razón por la que consideramos útil la distinción planteada en el DCFR, y tiene que ver con la incidencia que el acto de cesión o el contrato o acto jurídico subyacente, pueden tener sobre la cesión misma, ya que en el DCFR fue acogido en este sentido el principio de la causalidad, apartándose de aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales subsiste el principio de abstracción<sup>35</sup>.

De conformidad con esta elección hecha por la comisión redactora del DCFR, los vicios que pueden llegar a afectar la validez del acto de cesión se

33 En el caso de la cesión de crédito con fines de garantía el DCFR consagra en el art. 103 una regla conforme a la cual prevalecerán las normas contenidas en el Libro IX por ser especiales respecto de estas que consagran lo que podríamos considerar el régimen general de la cesión de derechos.

34 Así por ejemplo en el caso de la cesión, el DCFR regula en el art. 104 los que identifica como requerimientos básicos para la cesión, los que no se predicán del acto de cesión respecto del cual tendrán que cumplirse los requisitos para su formación y validez contenidos en el Libro II del mismo instrumento, tal como se indica en el comentario al art. 102 de las reglas de cesión en el DCFR: "La formalización y validez de los actos de cesión se rige conforme a las disposiciones generales sobre contratos y otros actos jurídicos, y no conforme a lo dispuesto en este capítulo". Lo mismo ha de predicarse con relación al contrato o acto jurídico subyacente el cual se regirá por las reglas contenidas en el Libro II del DCFR.

35 Ver comentario al art. 102 del DCFR.

propagan a la cesión misma evitando que esta última llegue a producir los efectos esperados<sup>36</sup>.

Lo anterior es regulado expresamente para el caso de la cesión que deriva de un contrato o acto jurídico subyacente (art. 5:118 del DCFR), artículo que retomaremos al tratar sobre las garantías a cargo del cedente.

En últimas esta disquisición terminológica demuestra, en nuestra opinión, una elección hecha por los autores del DCFR entre los principios que fundamentan los dos sistemas de transferencia de los créditos imperantes en Europa.

Por una parte el sistema caracterizado por un contrato con efectos reales, típico en Italia y Francia; y por otro, un sistema compuesto por un principio de separación (negocio obligatorio y negocio de disposición) y un principio de abstracción, propio de Alemania.

Estas dos alternativas son evidenciadas con claridad en el CEC, en cuyo artículo 122 se prevé la posibilidad de celebrar la cesión bajo cualquiera de estos dos sistemas. Por una parte el sistema guiado por el principio de separación y el principio de abstracción en el n.º 2º del art. 122; y por otra el principio del contrato con efectos reales y el principio de causalidad en el n.º 3º del mismo artículo.

Sin embargo, como se puede apreciar en el último renglón del num. 3º del art. 122, el CEC adopta como sistema supletorio de la cesión, el que se basa en el principio de la consensualidad, conforme al cual el negocio obligatorio también transfiere.

Por el contrario ni los principios Unidroit, ni la Convención, aluden al acto o contrato que tiene por objeto producir la transferencia de un crédito a través de una cesión.

Sin embargo en los principios Unidroit se menciona la finalidad de garantía que puede tener la cesión de un crédito para efectos de incluir este tipo de cesiones dentro de su ámbito de aplicación<sup>37</sup>, por lo cual, podría considerarse un reconocimiento tácito de las diversas fuentes que puede tener la cesión<sup>38</sup>.

36 Esta orientación resulta confirmada por el art. 104 del régimen de cesión de derechos, en el que dentro de los requisitos fundamentales para ceder un derecho se consagra en el literal (e) "que haya un acto válido de cesión del derecho".

37 Unidroit Principes art. 9.1.1: "...Le transfert peut être fait á titre de garantie".

38 Así también lo considera MAZZA, F. *Comment to Assignment of Rights: Arts 9.1.1-9.1.15*, pp. 973-1024, *Transfer of Obligations: Arts 9.2.1-9.2.8*, pp. 1025-1040, *Assignment of Contracts: Arts 9.3.1-9.3.7*, pp. 1041-1050, En: S. VOGENAUER - J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 976, quien al respecto comenta: "This is implied in Art. 9.1.1 which states that the PICC apply to transfers for security purposes (see para 5 above). However, the PICC do not go as far as German law, in which the assignment itself and the underlying transaction are not only considered as separate and distinguishable (so-called Trennungsprinzip: principle of being separable), but as actually independent in law (so-called Abstraktionsprinzip: principle of abstraction).".

Tratándose de la Convención, dentro de las notas explicativas a la misma<sup>39</sup>, se indica que: "La definición abarca tanto la constitución de una garantía real sobre los créditos cedidos, como la transferencia de la plena titularidad o propiedad de dichos créditos. Sin embargo, la Convención, no especifica lo que constituye una cesión pura y simple o una cesión con fines de garantía, dejando que dicha cuestión sea resuelta por el derecho, por lo demás aplicable a la cesión al margen de la Convención"<sup>40</sup>.

Esta aclaración permitiría confirmar la observación hecha antes, en el sentido de que la Convención no hace ninguna referencia acerca del acto que provoca la cesión.

Sin embargo la alusión en los comentarios hechos a la Convención sobre una cesión pura y simple o con fines de garantía, nos conduce a pensar que también se tuvo en cuenta el hecho de que la cesión puede tener por base un acto de cesión a cualquier título.

La terminología empleada en los comentarios a la Convención se asemeja a la clasificación elaborada por D. Schmidt, quien precisamente se refiere a una cesión pura y simple, entendiendo por ella una cesión que no tiene por base una deuda, en contraposición a una cesión celebrada para pagar una obligación o de otra cesión que tiene por objeto garantizar una obligación<sup>41</sup>.

La ausencia de alguna referencia sobre el acto de cesión en la Convención parece lógica teniendo en cuenta que el objetivo de la misma es adoptar un régimen uniforme concerniente solamente a la cesión de créditos para propiciar la oferta de capital y crédito a tipos de interés menos onerosos, entre otros objetivos previstos en el Preámbulo de la Convención; no obstante ello nos lleva a plantearnos la pregunta sobre la conveniencia de tratar, por lo menos someramente este aspecto, más aún cuándo hay situaciones en las cuales en cierta medida la regulación de la cesión resulta impregnada por la del acto de cesión mismo que le puede llegar a preceder.

Lo que sí resulta contemplado dentro de las definiciones dadas en la Convención, es el contrato del cual deriva el crédito objeto de cesión.

Es así como el art. 5º prevé en su literal a), que para los efectos de la Convención: "a) Por "contrato originario" se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido".

39 Es necesario tener en cuenta que en dicha nota explicativa se hace la siguiente aclaración: "La presente nota ha sido preparada por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con una finalidad puramente informativa; no se trata de un comentario oficial de la Convención."

40 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, p. 31.

41 Cfr. D. Schmidt, *La cession de créances professionnelles au regard des articles 107 et 108 de la loi du 25 janvier 1985*, Rev. Dr. Bancaire. 1987, n.º 3, p. 83, citado por LÉPLAT, Frédéric. *La Transmission conventionnelle des créances* (Tesis), Paris X – Nanterre, 2001, [on line], [citado 2015-10-15], disponible en: [www.glose.org](http://www.glose.org), p. 334, nt. 1365.

Este aspecto parece tener gran interés en la Convención, pues de su contenido se desprenden algunas características que deben poseer los contratos que son fuente del crédito cedido.

Así por ejemplo en el art. 4º relativo a las exclusiones y otras limitaciones se indica en su numeral 2º la inaplicación de la Convención a las cesiones de créditos nacidos de ciertos tipos de contratos<sup>42</sup>.

Igualmente la fuente del crédito es analizada para regular en el art. 9º las limitaciones contractuales de la cesión, como también la transferencia de los derechos en garantía contenida en el art. 10º de la Convención.

Relacionado con la definición de la cesión, está la cuestión relativa al ámbito de aplicación de los diversos instrumentos de armonización o unificación a ciertas cesiones de créditos.

La fuente del crédito o la naturaleza del mismo son tenidos en cuenta en todos los instrumentos de armonización y unificación estudiados, pues permiten delimitar el ámbito de aplicación de los mismos a ciertas clases de cesiones de créditos, y de la lectura de los artículos que regulan este aspecto se aprecia la similitud entre todos<sup>43</sup>.

## B. CONSECUENCIAS DEL PACTO DE INCEDIBILIDAD

El pacto de incedibilidad que interesa a los fines de la cesión, es aquel en virtud del cual el acreedor y el deudor de un contrato convienen que el crédito que surge del mismo no será cedido por el acreedor a un tercero en beneficio del deudor. También podrá pactarse la incedibilidad entre el cedente y el cesionario para evitar que el crédito sea cedido nuevamente a subsiguientes cesionarios. Sin embargo centraremos nuestro análisis en el primero<sup>44</sup>.

42 Art. 4º, n.º 2º: "La presente Convención no será aplicable a las cesiones de créditos nacidos de: a) Operaciones en un mercado bursátil regulado; b) Contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación global por saldos netos, con la excepción del crédito resultante al liquidarse todas las operaciones pendientes; c) Operaciones de cambio de divisas; d) Sistemas de pagos interbancarios, acuerdos de pagos interbancarios o sistemas de compensación y liquidación relativos a valores u otros activos o instrumentos financieros; e) La transferencia de derechos de garantía sobre valores u otros activos o instrumentos financieros en poder de un intermediario, la venta, el préstamo o la tenencia de estos valores, activos o instrumentos, o los acuerdos para su recompra; f) Depósitos bancarios; g) Una carta de crédito o garantía independiente."

43 Ver Unidroit Principes art. 9.1.2 (Exclusions), DCFR art. 5:101: Ámbito de aplicación de la sección, PECL art. 11:101.

44 Ver sobre el pacto de incedibilidad: en la doctrina colombiana HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las Obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año, p. 438. En la doctrina italiana: FINAZZI, Giovanni. *La Cessione del Credito*, en *Trattato delle obbligazioni*, vol. IV La circolazione del credito, a cura di Alessi Rosalba, Mannino Vincenzo, Padova, CEDAM, 2008, p. 369; PERLINGIERI, Pietro. *Della cessione dei crediti*, en: *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982. Ver igualmente



Son varias las inquietudes que esta clase de pacto generan, como por ejemplo su validez, o los requisitos que debe cumplir para considerarse válido, y especialmente las consecuencias de este pacto sobre el negocio de cesión que ha sido celebrado desatendiendo el pacto de incedibilidad.

La importancia de analizar este aspecto surge de la relativa actualidad que tiene el mismo, lo que nos parece se puede verificar en la ausencia o exigua tratación del mismo en las disciplinas de la cesión de créditos contenida en varios códigos civiles, lo que a su vez se opone a la presencia en la mayoría de instrumentos de armonización y unificación que versan sobre la figura en estudio.

Dentro de estos instrumentos podemos advertir dos extremos: por una parte la de los instrumentos que plantean como regla general la inoponibilidad de la cesión de créditos al deudor cedido, cuyo pacto de incedibilidad ha sido vulnerado, reconociendo algunas excepciones a esta regla general. Por otra parte, se plantea la regla contraria, es decir la oponibilidad de la cesión de créditos al deudor cedido a pesar de que el cedente ha desconocido el pacto de incedibilidad, admitiendo también algunas excepciones a esta regla general.

No falta la postura intermedia, que como se verá distingue según la clase de cesión de la cual se trate.

Así por ejemplo en los PECL (art. 11:301) se plantea como regla general la inoponibilidad de la cesión al deudor cedido como consecuencia de una prohibición de cesión en el contrato originario.

No obstante reconoce tres excepciones a esta regla, cuándo el deudor ha consentido la cesión, cuándo el cesionario no ha conocido el pacto de incedibilidad o no haya debido conocerlo y cuándo se trate de un crédito futuro de una suma de dinero.

La postura intermedia se encuentra en los principios Unidroit (art. 9.1.9) en los que se hace una distinción según la naturaleza del crédito.

Si se trata de un crédito consistente en pagar una suma de dinero, la cesión sobre el mismo será válida a pesar de que en el contrato del cual se origina el crédito exista un pacto de incedibilidad. En cambio, tratándose de la cesión de otro tipo de créditos, es decir no monetarios, la cesión no será eficaz a menos que el cesionario no haya conocido o no haya debido conocer sobre la existencia de ese pacto de incedibilidad, caso en el cual si surtirá efectos.

Según los comentarios al art. 9.1.9 de los principios Unidroit, la razón por la cual las consecuencias del pacto de incedibilidad sobre la cesión son distintas de acuerdo con la naturaleza del crédito, radica en que el crédito dinerario y el crédito distinto al dinerario no guardan la misma relación con las exigencias del crédito<sup>45</sup>, entre otras razones porque la incidencia de una

sobre el pacto de incedibilidad en los proyectos de armonización y unificación: FRIGNANI, A. *Il contratto internazionale*, ob. cit., p. 345 y ss.

45 Unidroit Principes p. 321: "La cession de créances non monétaires n'entretient pas le même relation avec les exigences du crédit".

prestación consistente en pagar una suma de dinero y otra prestación que no tenga la misma naturaleza no es igual al momento de buscar una financiación, pues mientras, en principio, siempre se preferirá al primero por ser más fácil de exigir y convertir, el segundo no lo es tanto y por ello la limitación de su eficacia no es tan determinante como si lo es respecto del primer tipo de crédito.

La solución adoptada pretende hacer una ponderación de los derechos del deudor cedido frente a los del cesionario. Pero también, de manera general, busca atender la importancia que la cesión de créditos tiene como medio de financiación, razón por la cual se considera necesario favorecerla.

El otro extremo, es decir el de la regla de la oponibilidad de la cesión al deudor cedido a pesar de haberse vulnerado el pacto de incedibilidad lo encarnan el CEC y el DCFR.

Así pues el CEC (art. 121 n.º 4º) indica que la prohibición de cesión contenida en el contrato del cual surge el crédito cedido es oponible frente al cesionario si el deudor cedido demuestra que aquel tenía conocimiento sobre dicha prohibición al momento de celebrar la cesión.

De dicho artículo se infiere, *a contrario sensu*, que la prohibición de ceder un crédito no es oponible al cesionario si éste no tuvo conocimiento sobre el pacto de incedibilidad al momento de celebrar el contrato de cesión, es decir que se plantea como regla general la oponibilidad de la cesión celebrada a pesar de incumplirse el pacto de incedibilidad.

En el DCFR (art. 5:108) se consagra expresamente en su n.º 1º que: "Una prohibición o una restricción contractual de la cesión de un derecho no afecta a la posibilidad de ceder el derecho".

No obstante se consagran en dicho artículo algunas medidas que tienden a favorecer al deudor cedido cuyo pacto de incedibilidad ha sido vulnerado.

Esas medidas de protección consisten en: reconocer la liberación del deudor que cumple la prestación a favor del cedente, y en la conservación de todos los derechos de compensación que tiene el deudor contra el cedente como si el derecho no se hubiera cedido.

En cuanto a la primera medida, es del caso aclarar que la misma es independiente del reconocimiento de la liberación del deudor que cumple al cedente porque no ha sido notificado o porque no conoce sobre el negocio de cesión, prevista en el n.º 1º del art. 5:119 del DCFR dedicado a la protección general del deudor, por lo que se podría pensar que el deudor que ha visto vulnerado el pacto de incedibilidad, puede liberarse pagando al cedente aunque haya sido notificado de la cesión.

Estos recursos se presentan como una alternativa para el deudor cedido, quien está en plena libertad de optar por ellos o en cumplir la obligación al cesionario y en dicho caso conserva la facultad de oponer las excepciones previstas en el art. 5:116 del DCFR. Pero se presentan también como una retribución al deudor que no ha actuado de mala fe.

Por las razones anteriores en el n.º 3º del art. 5:108 se indica que el apartado 2º no será aplicable: cuándo el deudor ha consentido la cesión del crédito, o cuándo el deudor ha hecho creer al cesionario con base en fundamentos razonables que no había tal prohibición o restricción; y se agrega otro evento en el cual el deudor no gozará de los beneficios previstos en el apartado 2º y por tanto el cesionario gozará de todos sus derechos sin ninguna restricción, que se presenta cuándo el derecho cedido es un derecho al pago por la provisión de bienes o servicios.

Esta última causal de eficacia plena de la cesión de un crédito incedible por pacto entre las partes tiene como antecedentes: el artículo 6 n.º 1º de la Convención de Unidroit sobre factoring internacional, el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional y el artículo 9 revisado del Código Comercial Uniforme de EE. UU., según se indica en los comentarios al DCFR<sup>46</sup>.

Se trata de una excepción que encuentra su justificación "*en permitir que las "deudas comerciales" se utilicen como fuente de financiación*"<sup>47</sup> y se considera necesaria más que todo en las cesiones continuas de créditos futuros como en los contratos de *factoring*, en los que, según los comentarios hechos al artículo, el factor no puede revisar cada contrato para ver si contienen una cláusula que prohíba la cesión, pero además tampoco puede conocer un pacto de incedibilidad cuándo tratándose de un contrato tipo, las condiciones son modificadas y no le son notificadas previamente al cesionario<sup>48</sup>.

Del contenido del presente artículo como de los comentarios al mismo se aprecia la tensión existente entre dos principios, por una parte el de la autonomía de la voluntad cuyo principal efecto es reconocer la obligatoriedad de lo acordado por las partes (art. 1602 CciCol), y el principio de la libertad para enajenar activos (en palabras del DCFR); pues mientras el pacto de incedibilidad representa el primero, la cesión del crédito incedible representa el segundo.

En nuestra opinión la regla de la eficacia plena de la cesión cuando el derecho cedido es por la provisión de bienes o servicios (5:108 n.º 3º), es decir una cesión que no reconoce los beneficios previstos para el deudor cedido que ha visto vulnerado el pacto de incedibilidad contenido en el contrato del cual surge el crédito cedido, comprueba la veracidad de una de las críticas

46 Ver comentario al art. 5:108 del DCFR.

47 Ver comentario al art. 5:108 del DCFR.

48 En nuestra opinión este último argumento relacionado con el contrato de *factoring* es bastante débil, pues teniendo en cuenta todas las prestaciones a las que se puede comprometer la empresa que presta los servicios de factoring a un empresario, es decir: la contabilidad de los créditos, el cobro de los créditos, el asesoramiento, la financiación al proveedor, la protección contra el impago, etc.; es muy poco probable que no tenga conocimiento del pacto de incedibilidad, de hecho su desconocimiento sería un indicio de que posiblemente no está desarrollando bien su labor.

hechas a este instrumento, cual es la adopción de algunos principios neoliberales en oposición a la tendencia actual en varios países integrantes de la Unión Europea<sup>49</sup>.

A su vez, consideramos que sería conveniente analizar con suma atención las consecuencias de esta orientación respecto del principio del *favor debitoris* que resulta de gran importancia en la cesión de créditos.

Por último debemos advertir que en los PECL, en los principios Unidroit, en el DCFR y en la Convención se consagra expresamente la obligación a cargo del acreedor cedente, de indemnizar los perjuicios que haya causado al deudor cedido como consecuencia del incumplimiento del contrato originario en el que estaba estipulado el pacto de incedibilidad del crédito, con lo cual no se hace otra cosa que poner en evidencia un efecto natural del incumplimiento del contrato.

#### C. NUEVAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DEL *FAVOR DEBITORIS* EN LA CESIÓN DE CRÉDITOS Y NUEVAS INTERPRETACIONES DE LOS DERECHOS EXISTENTES A FAVOR DEL DEUDOR CEDIDO

Nos proponemos ahora analizar las que consideramos nuevas manifestaciones del principio del *favor debitoris* en la disciplina de la cesión de créditos.

Para estos efectos nos parece importante empezar por advertir que en nuestra opinión, el *favor debitoris* es un principio general del derecho de las obligaciones y contratos, de especial aplicación en la cesión de créditos, pues en ella el deudor aunque no es parte de la cesión, y por ende es identificado como un tercero, no es cualquier tercero sino que es un tercero al que en cierta medida le incumbe el contrato celebrado por el acreedor, pues puede resultar afectado como consecuencia del negocio de cesión, razón por la cual es identificado como un tercero especial<sup>50</sup>.

49 Ver supra p. 2, nt. 4, MOMBERG, R. Ob. cit.

50 La categoría de terceros en la cesión de créditos comprende diversos sujetos, los cuales podríamos distinguir de acuerdo con su mayor o menor interés en los efectos producidos por el negocio de cesión. Así, podríamos hablar de unos terceros absolutos respecto de los cuales el negocio de cesión no surte ningún efecto y además, no poseen interés alguno en los efectos que está llamada a producir la cesión. Una segunda categoría de terceros que podríamos denominar relativa, está conformada por todos aquellos sujetos que no habiendo intervenido en la regulación de la cesión, como tampoco en el negocio jurídico que ha dado origen al crédito objeto de transferencia, tienen algún interés en los efectos producidos por la cesión. Dentro de esta especie de terceros se encuentran los otros cesionarios del mismo crédito, cuando este último ha sido objeto de varias cesiones, como también los acreedores del cedente y del cesionario para quienes no es indiferente si el crédito es del cedente o del primer cesionario. Por último hallamos un tercero que podríamos denominar especial o principal quien es el deudor cedido, en la medida en que se trata de un tercero que en ocasiones puede participar al negocio de cesión, pero además quien definitivamente hacía parte del negocio que dio origen al crédito objeto de transferencia.

Por ello no compartimos la opinión de algunos autores para quienes el *favor debitoris* es un principio que se limita a la protección del deudor a través de la interpretación que le sea más favorable de las estipulaciones contractuales<sup>51</sup>.

Ahora, esta protección a favor del deudor en la cesión es interesante, pues nótese que el deudor no es parte de la cesión, a pesar de lo cual es protegido, lo que en nuestra opinión demuestra la amplitud con que debe ser comprendido este principio.

Bajo esta óptica es interesante observar cómo en los instrumentos de armonización y unificación estudiados el aludido principio parece tener una mayor consideración de aquella que tradicionalmente le ha sido dada por las disciplinas de la cesión de créditos en las codificaciones civiles.

Lo anterior debido a que dichos instrumentos no se han limitado a prever las expresiones típicas del *favor debitoris* al interior de la cesión, dentro de las cuales podríamos ubicar: la notificación o aceptación de parte del deudor cedido como herramienta para hacerle oponible la cesión, la liberación del mismo ante el pago hecho al acreedor aparente y la conservación de las excepciones oponibles respecto del acreedor cedente.

Por el contrario, han ido más allá, definiendo expresamente una serie de situaciones en las cuales: la cesión no es oponible al deudor cedido, reconociendo una obligación a cargo del cedente consistente en pagar los gastos adicionales que deba sufragar el deudor cedido para cumplir su prestación al nuevo acreedor, y previendo expresamente el derecho del deudor cedido a exigir prueba suficiente de la cesión y a abstenerse de cumplir la obligación a favor de quien se dice cesionario, en caso de duda.

Todas estas situaciones que en principio parecerían obvias por desprenderse de la práctica misma, son relevantes porque además de proveer seguridad al deudor, serían de aplicación preferente frente a otras disposiciones de carácter general.

Por las razones anteriores, a continuación analizaremos las formas en que han sido previstas todas estas manifestaciones del principio del *favor debitoris*, las cuales consideramos importantes al momento de pensar en una actualización de la disciplina de la cesión de créditos en los códigos civiles latinoamericanos.

Sobre este tercero recaerá el efecto principal de la cesión cual es el de la transferencia del crédito del cedente al cesionario, razón por la cual no cabe duda sobre el interés que el deudor cedido tiene en los efectos de la cesión en la medida en que de ellos depende que realice un pago válido o no, cfr. FINAZZI, Giovanni. *La Cessione del Credito*, ob. cit., p. 111; MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit Civil: les obligations*, Paris, Defrénois, 2007, p. 399.

51 Cfr. CALVO COSTA, Carlos A. *El principio "favor debitoris" frente al proyecto de Código Civil y Comercial*. En: La Ley (diario), vol. 2013-C, ejemplar del 24/04/13, pp. 1 a 4 [on line], [citado 2015-10-23], disponible en: <http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Favor%20debitoris%20La%20Ley.pdf>

## 1. Inoponibilidad de algunas clases de cesiones

Una de las principales manifestaciones del *favor debitoris* en la cesión de créditos, consiste en hacer inoponibles algunas cesiones al deudor cedido.

Se trata fundamentalmente de las cesiones que tienen por objeto créditos incedibles por su naturaleza, como consecuencia de la especial relación entre el acreedor cedente y el deudor cedido, o como consecuencia del pacto de *non cedendo*, en algunos instrumentos, tal como fue visto en el acápite anterior.

En cuanto a la incedibilidad de los créditos por su naturaleza, el criterio que por lo general discrimina este tipo de créditos es su carácter personal, en el sentido de que la persona del acreedor es determinante para el cumplimiento de la prestación.

Lo anterior resulta evidenciado de manera clara en los PECL (art. 11:302), como también en el DCFR (art. III.-5:109), teniendo este último una redacción bastante similar a la del primero.

En ambos se precisa que la cesión puede en todo caso surtir efectos cuándo el deudor da su consentimiento al negocio de cesión.

Por su parte en el CEC (art. 122) los créditos incedibles en virtud de su naturaleza son contemplados dentro de una cláusula general de incedibilidad, de cuya redacción de la primera parte parece extraerse que la consecuencia de una cesión de este tipo de créditos es la invalidez.

En los principios Unidroit (art. 9.1.7 n.º 2º) también se opta por prever la incedibilidad del crédito personal, requiriendo el consentimiento del deudor cedido para que puedan ser cedidos.

Además de esta situación, en los principios Unidroit se contempla en su art. 9.1.3 una restricción a la cesión de créditos no pecuniarios, como podrían ser los créditos que tienen como correspondiente una obligación de hacer o no hacer, cuándo su cesión haga sustancialmente más onerosa la obligación a cargo del deudor cedido.

Esta regla es apenas una de las varias, que en los principios Unidroit demuestran un tratamiento diferenciado entre los créditos pecuniarios y los créditos no pecuniarios<sup>52</sup>.

## 2. Reconocimiento de la liberación del deudor cedido:

Cuándo se alude a la liberación del deudor, se quieren distinguir aquellos eventos en los cuales el cumplimiento de la obligación por parte del deudor a

52 Apreciación que compartimos con MAZZA, F. *Comment to Assignment of Rights*, ob. cit., p. 972, quien a este respecto comenta: "los principios ofrecen soluciones eficientes y prácticas a cuestiones que conciernen la cesión de derecho monetarios y de ese modo contribuyen a facilitar la transferencia de tales derechos". Con respecto a la cesión de derechos no monetarios dice que los principios unidroit son el único instrumento internacional que intenta proveer una solución comprensiva (trad).

una persona diferente del nuevo acreedor elimina la posibilidad de que a dicho deudor le sea exigido el mismo crédito por el verdadero acreedor.

Esta liberación ha sido prevista tradicionalmente a favor del deudor que cumple su obligación al acreedor cedente, antes de haber recibido la notificación de la cesión por alguna de las partes de este negocio. Así está plasmado expresamente en los principios Unidroit (art. 9.1.10), en los PECL (art. 11:303 n.º 1º), en el DCFR (art. 5:119 n.º 1º) y en la Convención (art. 17 n.º 1º).

Sin embargo, las actuales prácticas de la cesión conducen a agregar dos variables a esta premisa general.

La primera de ellas tiene que ver con el valor que se le asigna al conocimiento del deudor cedido y la segunda al reconocimiento de la liberación cuándo el cumplimiento de la prestación tiene lugar a persona distinta del cedente y obviamente del cesionario.

En cuanto al conocimiento del deudor cedido, nótese como en los PECL (art. 11:303 n.º 4º), en el CEC (art. 122 n.º 4º) y en el DCFR (art. 5:119 n.º 1º), éste tiene la virtud de impedir el reconocimiento de la liberación del deudor cedido cuándo paga al cedente a pesar de haber tenido conocimiento de la cesión del crédito al cesionario; de tal manera que a pesar de no haber recibido la notificación del negocio, el cumplimiento a favor del cedente no lo libera de su obligación respecto del cesionario.

En el CEC se indica expresamente que para que opere esa excepción, resulta necesario que el cesionario demuestre el conocimiento que de la cesión tenía el deudor cedido.

Es interesante notar cómo en cambio, en los principios Unidroit (art. 9.1.10), no se incluye el conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido dentro de los factores que determinan su liberación ante el pago efectuado al acreedor cedente.

La razón para que ello sea así se explica en los comentarios al artículo 9.1.10, en los que se indica que el objetivo de esta elección es poner a las partes de la cesión la carga de informar al deudor, pues se considera que de esta manera se garantiza un suficiente grado de certidumbre conveniente dentro del contexto de los contratos internacionales, aclarando que lo anterior no obsta para que en ciertas circunstancias el deudor deba indemnizar los daños y perjuicios que ocasione como consecuencia de su actuar de mala fe al pagar al cedente<sup>53</sup>.

El objetivo de incentivar el cumplimiento de la carga de notificación en cabeza de las partes de la cesión, también es evidenciado en el art. 9.1.11 de los principios Unidroit en el que para establecer la prelación entre varios cesionarios se recurre únicamente al criterio de la primera notificación hecha al

deudor cedido, sin tener en cuenta que dicho deudor haya tenido conocimiento de una cesión anterior<sup>54</sup>.

Por el contrario el DCFR, que sí considera el conocimiento del deudor cedido sobre la cesión hecha al cesionario razón suficiente para que en caso de pagarle al cedente no sea liberado de su obligación respecto del cesionario; desestima el conocimiento del deudor cedido sobre la colisión entre demandas al momento de establecer la cesión que prevalece cuándo hay concurrencia de cesionarios (art. 5:121 n.º 2º).

En cuanto a la segunda variable, la cual se debe probablemente al incremento de los negocios sobre los créditos, ésta ha conducido a que en algunos de los instrumentos de unificación y armonización se contemple la liberación del deudor ante el pago efectuado a personas distintas del cedente y obviamente del verdadero acreedor.

De esta manera se observa en los PECL (art. 11:304) cuándo se indica que el deudor que ha ejecutado la obligación a una persona que aparece designada como cesionario en la notificación, resulta liberado de su obligación a menos que dicho deudor no haya podido ignorar que esa persona no era la que tenía derecho a exigir la prestación.

Asimismo en el DCFR (art. 5:119) se previenen otros eventos en los cuales el deudor cedido se libera, no obstante cumplir su obligación a personas distintas del cesionario y del cedente.

Así pues en el n.º 2º del art. 5:119 se indica que el deudor que cumple su obligación a una persona que es identificada como el cesionario en una notificación del cedente, pero que realmente no lo es, será liberado si ha actuado de buena fe en la ejecución de esa prestación.

La otra situación prevista ocurre cuándo el deudor cumple su obligación a una persona identificada como el cesionario por quien dice ser el cesionario sin serlo realmente. En este caso el deudor también será liberado de su obligación si el acreedor ha hecho creer al deudor, razonablemente y de buena fe, que el derecho se ha cedido a esa persona.

De lo comentado antes se aprecia la importancia que la consideración de estas dos variables tienen para efectos de regular la liberación del deudor cedido que no ha pagado correctamente.

### 3. Excepciones oponibles

Las reglas que rigen las excepciones oponibles o medios de defensa del deudor cedido son una expresión típica del principio del *favor debitoris*, como también

54 Commentaire Unidroit Principes, p. 325: "En dépit de la solution qui prévaut dans certains droits, le présent article ne prend pas en considération la connaissance avérée ou supposée que le débiteur pourrait avoir de la cession en l'absence de toute notification. Cette approche est motivée par le souhait d'encourager la notification, garantissant ainsi le degré de certitude particulièrement recommandé dans le contexte des contrats internationaux".



de la regla conforme a la cual nadie puede transferir a otro más de lo que tiene «*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*».

En primer lugar del principio del *favor debitoris*, pues se pretende la conservación de la situación en la que se encontraba el deudor cedido ante su primer acreedor, es decir, se persigue que con la cesión del crédito sólo se produzca una modificación del acreedor que no implique alguna alteración adicional para el deudor, esto es, que el deudor no resulte afectado por el hecho de la cesión<sup>55</sup>.

En cuanto al segundo principio aplicado al negocio de cesión, se traduce en que el cedente transfiere su crédito en las condiciones en que éste se encuentra, motivo por el cual si dicho crédito ha sufrido alguna disminución como consecuencia de la relación jurídica entre el cedente y el deudor cedido, el cesionario recibirá ese crédito con esas mismas disminuciones<sup>56</sup>.

Dada la estrecha dependencia de la regulación sobre las excepciones oponibles por el deudor cedido a los principios indicados, resulta natural que este aspecto no haya sufrido grandes transformaciones a través del tiempo.

Es así como en los proyectos de armonización y unificación del derecho estudiados, se conserva la típica distinción entre la regulación de la excepción de compensación y las demás excepciones susceptibles de ser alegadas por el cedido.

En cuanto a las excepciones diferentes a la compensación, la mayoría de proyectos coinciden en comprender dentro de este tipo de excepciones aquellas de carácter sustancial como también las de carácter procesal.

Así por ejemplo se consagra expresamente en los PECL (art. 11:307), como también en el DCFR (art. 5:116).

Por su parte, en los principios Unidroit (art. 9.1.13) se indica que el deudor puede oponer todos los medios de defensa que le habría podido oponer al cedente, aclarándose en los comentarios que dentro de dichas excepciones se entienden incluidas aquellas de carácter procesal.

En el CEC tampoco se alude en forma manifiesta a las excepciones procesales, pero el art. 124 n.º 2º se refiere al derecho del deudor cedido de oponer todas las excepciones, por lo que se infiere que se comprenden también las excepciones de carácter procesal.

Las diferencias en la regulación de este tipo de excepciones se aprecian en los siguientes aspectos.

Por una parte en el reconocimiento o no de una excepción derivada del incumplimiento del pacto de incredibilidad por parte del cedente, pues es

55 En este sentido FINAZZI, G. *La Cessione del Credito*, cit., 839; CASHIN-RITAINE, Eleanor. *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Francia, LGDJ, 2001, 428.

56 La doctrina es conforme en la aplicación de este principio para determinar la oponibilidad de las excepciones. Así por ejemplo FINAZZI, G. *La Cessione del Credito*, cit., 839, nt. 195. En el derecho francés también se sostiene la aplicación de este principio: CASHIN-RITAINE, E. *Les cessions contractuelles de créances*, cit., 428.

obvio que en aquellos proyectos en los que el pacto de incredibilidad no afecta de alguna manera la eficacia de la cesión, su incumplimiento no dé lugar a la consolidación de una excepción como consecuencia del mismo.

Por el contrario, en los proyectos en los que el pacto de incredibilidad si puede llegar a afectar los efectos de la cesión, su incumplimiento representa una excepción susceptible de ser alegada por el cedido.

Es así como en el CEC (art. 124 n.º 2º) se establece que el deudor cedido puede alegar la excepción derivada de la inadmisibilidad convencional de la cesión, dentro de los límites previstos en el art. 121 n.º 4º.

En los principios Unidroit, aunque el art. 9.1.13 relativo a las excepciones oponibles por el cedido no se refieren expresamente a la excepción derivada del incumplimiento del pacto de incredibilidad por parte del cedente, se entiende comprendida a la luz de lo previsto en el art. 9.1.9 n.º 2º, cuándo se trata de la cesión de un crédito distinto a una suma de dinero y además el cesionario haya tenido conocimiento de la prohibición o haya debido tener conocimiento sobre el mismo.

En los PECL, tampoco se alude a una excepción derivada del incumplimiento del pacto de *non cedendo* por parte del cedente. Sin embargo, dicha posibilidad se debe entender comprendida conforme a los lineamientos previstos en el art. 11:301 de dicho instrumento.

Por el contrario, en el DCFR se niega expresamente la posibilidad de que el deudor cedido invoque una excepción basada en el incumplimiento del pacto de incredibilidad por parte del cedente (art. 5:116 n.º 2º lit. (b)).

Otro aspecto que determina una diferencia fundamental en la regulación de las excepciones oponibles por parte del deudor cedido, es la limitación del derecho del deudor cedido a invocar una excepción cuándo dicho deudor ha hecho creer al cesionario que no existía la misma.

Esta limitación es introducida por el DCFR en el art. 5:116 n.º 2º lit. (a), y se considera una aplicación especial del principio de buena fe contractual<sup>57</sup>.

El tercer aspecto que permite distinguir la regulación de las excepciones oponibles en los proyectos analizados, tiene que ver con la posibilidad consagrada en el CEC (art. 124 n.º 2º confirmado por el art. 122 n.º 2º) de oponer excepciones relativas a la invalidez o ineficacia del acto abstracto de cesión por parte del deudor cedido, pero no del acto causal.

Esta posibilidad llama la atención por el hecho de que la doctrina mayoritaria ha tendido a negar el carácter de parte del negocio de cesión, al deudor cedido, razón por la cual no parece lógico que un tercero que no hace parte del negocio, pueda oponer excepciones relativas a la invalidez o ineficacia del mismo (por lo menos no lo es en el derecho colombiano si se trata de una causal de invalidez relativa).

57 Comentarios al art. 5:116 del DCFR s.p.

En cuanto a la excepción de compensación, generalmente los límites impuestos a su oponibilidad se encuentran en: (a) la adhesión del deudor cedido al negocio de cesión sin reserva alguna, caso en el cual no es admitida (CEC art. 124 n.º 2º); y (b) el momento de la notificación de la cesión al deudor cedido, pues se comprende que el deudor cedido podrá oponer la excepción de compensación por los créditos que existían antes de dicha notificación. Así está previsto en los PECL (art. 11:307) y en los principios Unidroit (art. 9.1.13).

No obstante, el DCFR (art. 5:116 n.º 2º) ha introducido una modificación en torno al segundo límite para la oponibilidad de la excepción de compensación, pues en vez de fijar la notificación de la cesión al deudor cedido como límite temporal, ha establecido que: "El deudor cedido puede invocar contra el cesionario todos los derechos de compensación que habría tenido disponibles contra el cedente en relación con derechos: (a) existentes cuando el deudor no podía obtener la liberación cumpliendo para con el cedente".

En nuestra opinión tal vez el precepto en mención quiso decir que el deudor cedido habría podido oponer en compensación los derechos surgidos hasta el momento en que dicho deudor ya no se podía liberar cumpliendo su obligación al cedente, como ocurre cuando el deudor ha tenido conocimiento de la cesión y cumple al cedente antes de recibir la notificación de la cesión.

A confirmar esta interpretación del texto nos conducen los comentarios al artículo del DCFR, en el que se indica que: "A la compensación se le aplican normas algo diferentes. Generalmente se acepta que el deudor debería poder ejercer contra el cesionario los mismos derechos de compensación (si los hubiere) que podría haber invocado contra el cedente respecto a los derechos cruzados existentes en el momento de recepción de la notificación de cesión. En aquellos casos en los que no se haya notificado la cesión, la fecha límite pertinente debería ser cuando el deudor ya no pueda quedar liberado mediante el cumplimiento ante el cedente".

Por último, en torno a la excepción de compensación resulta pertinente comentar que el DCFR (art. 5:116 n.º 3º lit. (b)) al igual que lo hace el texto de los PECL (art. 11:307 n.º 2º lit. (b)), introduce dentro de los créditos susceptibles de compensación aquellos conexos al crédito cedido, o en palabras del segundo, créditos estrechamente relacionados con el derecho cedido.

Del análisis anterior se infiere tal como lo indicamos en precedencia, que las excepciones oponibles por parte del deudor cedido como medio de defensa y en parte como manifestación del principio del *favor debitoris*, no ha sufrido grandes variaciones en los proyectos de armonización y unificación que disciplinan la figura.

Sin embargo existen algunas modificaciones que aunque parecen ínfimas requerirían un mayor estudio, como lo es la limitación a la oponibilidad de alguna excepción por parte del deudor cedido cuando éste ha hecho creer al cesionario que no existía dicha excepción, o la limitación temporal de los derechos susceptibles de ser alegados en compensación al período dentro del

cual el cedido aún se podía liberar pagándole al cedente, esto es, omitiendo el requisito típico de la notificación de la cesión.

#### 4. Gastos suplementarios

La estimación de los gastos adicionales en los que puede llegar a incurrir el deudor cedido como consecuencia de la cesión, es en nuestra opinión una manifestación reciente de protección al deudor, ya que ningún código latinoamericano le dedica alguna norma a esta cuestión, mientras que si lo hacen los instrumentos de armonización y unificación estudiados.

Pero además es relevante teniendo en cuenta que en algunos ordenamientos jurídicos, el régimen general de las obligaciones y contratos prevén que los gastos ocasionados por el pago de una obligación serán de cuenta del deudor (por ejemplo en el CCiCol art. 1629<sup>58</sup>), por lo que al haber una norma especial aplicable a la cesión de créditos, no habrá duda sobre a cargo de quien estarán los gastos adicionales que deriven del cumplimiento de la obligación.

Veamos entonces la forma en que los gastos adicionales son regulados en los instrumentos analizados.

En los PECL (art. 11:103) los gastos adicionales son considerados al regular la cesión parcial, indicando que el crédito divisible puede ser cedido parcialmente, pero en dicho caso el cedente será responsable ante el deudor cedido por los gastos adicionales que deba hacer como consecuencia de la cesión del crédito.

Igualmente al tratar el tema del lugar de ejecución de la prestación, el art. 11:306 de los PECL establece la posibilidad que tiene el cesionario de un crédito consistente en una suma de dinero a pagarse en un lugar determinado, o de aquel que es miembro de la Unión Europea, de exigir la ejecución en cualquier lugar del mismo País, pero el cedente es responsable por todos los gastos suplementarios que el deudor tenga que hacer como consecuencia del cambio del lugar de ejecución.

No así tratándose de la cesión de un crédito distinto al de una suma de dinero, pues en dicho caso el cesionario no podrá exigir la prestación en otro lugar.

En los principios Unidroit la existencia de gastos adicionales para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor cedido, plantea una regla general y dos específicas.

En virtud de la regla general (art. 9.1.8), el deudor cedido que incurra en gastos adicionales para el cumplimiento de su obligación, tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o por el cesionario.

58 CciCol. art. 1629 Gastos ocasionados por el pago: "Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales".

Redactada de esta manera, dicha regla será aplicable a cualquier clase de cesión sin distinguir el tipo de crédito o la clase de cesión de la cual se trate.

Sin embargo se plantean dos reglas especiales tratándose de la cesión de créditos distintos a una suma de dinero y de cesiones parciales de esta misma clase de créditos.

Así pues en el caso de créditos no pecuniarios, estos no podrán ser cedidos en su totalidad (art. 9.1.3), ni en parte (9.1.4) cuándo como consecuencia de dicha cesión, la obligación resulte sustancialmente más onerosa para el deudor cedido.

Esto quiere decir que el incremento sustancial de los gastos en que puede llegar a incurrir el deudor cedido para cumplir su obligación, tratándose de créditos diferentes a pagar una suma de dinero, impide la celebración de ese tipo de cesiones<sup>59</sup>.

Según los comentarios a los principios Unidroit, la razón por la cual se optó por distinguir entre las consecuencias derivadas de los gastos suplementarios según se trate de un crédito o de otro radica en que para las cesiones de créditos diferentes a una suma de dinero, el pago de los gastos adicionales en los que incurra el deudor no parece ser suficiente para preservar al deudor en la misma situación en la que se encontraba antes del negocio de cesión<sup>60</sup>.

En el fondo se puede dilucidar también la idea de que el cambio del acreedor en las obligaciones que no tienen naturaleza dineraria, pueden dar lugar a

59 En los comentarios a los Principios Unidroit se plantea por ejemplo el caso de la siguiente cesión: "L'entreprise X s'est engagée à assurer la sécurité contre le vol dans des entrepôts utilisés par l'entreprise A pour le stockage de bois. Les locaux sont vendus à l'entreprise B, laquelle désire les utiliser aux memes fins. Rian dans cette disposition n'enmpeche A de ceder à B sa créance de services de sécurité fournis par X.

2. Les faits sont les memes que ceux de l'illustration 1, mais ici l'entreprise B veut employer les entrepôts pour le stockage de matériel électronique. La créance de l'entreprise A à bénéficier des services de sécurité fournis par l'entreprise X ne peut pas etre cédée à B: de tels services deviendraient substantiellement plus onéreux puisque les risques pesant sur le matériel électronique sont bien évidemment plus élevés que ceux qui pèsent sur le stockage de bois".

60 De hecho los principios Unidroit son objeto de críticas en aquello que concierne la regulación de las cesiones de créditos no pecuniarios, pues en opinión de W. Wiegand and C. Zellweger-Gurknecht, 'Assignment' [2005] ICC Intl Ct Arb Bull. Special suppl 27, 34, citado por MAZZA, Francesca. *Comment to Assignment of Rights*, ob. cit., p. 980, nt. 38, parece innecesariamente complicada. Ello porque se prevén varias limitaciones concurrentes a la cesión de este tipo de créditos, lo que dificulta la definición de su eficacia. Así pues la primera limitación está prevista en el art. 9.1.3 en el que se indica que los créditos no pecuniarios no pueden cederse si la obligación se vuelve sustancialmente más onerosa para el cedido. Resuelta esta primera cuestión, es decir, en caso de no ser la obligación sustancialmente más onerosa, debe analizarse luego si el crédito no monetario tiene un carácter esencialmente personal, pues en dicho caso será necesario el consentimiento del deudor cedido. A estas limitaciones se agregan aquellas pertinentes cuándo se trata de una cesión parcial de un crédito no monetario.

cambios mayores que incrementan el valor de la ejecución, no así tratándose de obligaciones pecuniarias.

En nuestra opinión teniendo en cuenta que la regla prevista en el art. 9.1.8 es de aplicación general, pues no distingue la naturaleza del crédito para su aplicación, el criterio que permitirá distinguir entre impedir la cesión o reconocer el derecho del deudor a ser indemnizado por los gastos adicionales está en la magnitud de dichos gastos adicionales.

Así pues si estos hacen "sustancialmente más onerosa una obligación no pecuniaria", las consecuencias serán las de los arts. 9.1.3 o 9.1.4, pero si la cesión de dichos créditos no conlleva un incremento excesivo de los gastos que deba hacer el deudor, esas cesiones podrán efectuarse teniendo en cuenta en todo caso que los gastos adicionales deben ser pagados al deudor en virtud del art. 9.1.8.

El problema será distinguir estos dos factores en la práctica, pues hasta que punto se puede considerar que la obligación es sustancialmente más onerosa o simplemente se trata de gastos adicionales.

Por su parte el DCFR parece adoptar algunos aspectos de los dos instrumentos anteriores.

Así por ejemplo a semejanza de los PECL y de los principios Unidroit, el art. 5:107 se ocupa de los gastos adicionales al regular las cesiones parciales.

En dicho artículo se distinguen las consecuencias de los gastos adicionales según se trate de un crédito consistente en una suma de dinero o en otro tipo de créditos.

De esta manera en el n.º 2º indica que podrá cederse parcialmente un crédito que no sea de una suma de dinero, siempre y cuándo el deudor acepte la cesión o el derecho sea divisible y no haga la obligación sustancialmente más onerosa.

Es decir que de manera similar a los principios Unidroit el incremento excesivo del valor en que debe incurrir el deudor para cumplir su obligación es una causal que produce la incedibilidad del crédito no pecuniario.

En cambio tratándose de un crédito pecuniario la consecuencia será el pago de los costos adicionales en los que incurra el deudor, por parte del cedente.

Sin embargo nótese cómo a diferencia de los principios Unidroit, en el DCFR no se plantea una regla general en la cual se reconozca el derecho del deudor cedido a exigir el pago de los gastos adicionales en los que haya incurrido como consecuencia de la ejecución de su obligación sin distingo alguno, pero además no se prevé para estos efectos la responsabilidad del cesionario, sino solo la del cedente.

En nuestra opinión esa regla general, tal como está planteada en los principios Unidroit es más conveniente, pues además de que hace recaer la responsabilidad por los gastos adicionales en el cedente o en el cesionario, lo que nos parece es mejor para el deudor; reconoce el derecho del deudor cedido a ser indemnizado por los gastos adicionales en los que incurra como consecuencia de la cesión, sin limitarse a las cesiones parciales.

La otra similitud que presenta el DCFR con los PECL está en la presencia de un artículo dedicado al efecto de la cesión sobre el lugar de cumplimiento (art. 5:117), cuya regla es igual.

Así pues, según el art. 117 cuándo se trata de un crédito consistente en una suma de dinero que deba pagarse en un lugar determinado, el cesionario puede exigir el pago en cualquier lugar del mismo país y si ese país es miembro de la Unión Europea lo puede hacer en cualquier lugar de la Unión Europea. No obstante, en este caso el cedente será responsable respecto del deudor cedido por el incremento de los costes en que incurra el deudor cedido como consecuencia del cambio en el lugar de ejecución de la obligación.

Por el contrario, si el crédito no consiste en pagar una suma de dinero y debe cumplirse en un lugar determinado, el cesionario no podrá exigir su cumplimiento en un lugar distinto de aquél previamente acordado en el negocio entre el cedente y el deudor cedido.

## **5. Derecho a exigir prueba suficiente de la cesión y a abstenerse de cumplir la obligación a favor de quien se dice cesionario**

Finalmente dentro de las que hemos denominado nuevas manifestaciones del *favor debitoris* en la disciplina de la cesión de créditos, incluimos el derecho que se le reconoce al deudor cedido a exigir prueba suficiente de la cesión, como también el de abstenerse de cumplir la obligación a favor de quien se dice cesionario.

Estas dos alternativas las hemos incluido en un mismo numeral, pues se encuentran estrechamente vinculadas y en la mayoría de instrumentos de armonización y unificación son tratadas simultáneamente.

En cuanto al derecho a exigir prueba de la cesión, el mismo es regulado de manera distinta en cada uno de los instrumentos, pero estos coinciden en las situaciones generales que pueden dar lugar a la operatividad del mismo, como también en el objetivo principal que se persigue con su enunciación.

Así pues, en los PECL (art. 11:303 n.º 2º) se indica que cuándo la notificación de la cesión proviene del cesionario, el cedido tiene derecho a exigirle en un plazo razonable prueba de la realidad de la cesión.

Igualmente en ese mismo numeral se reconoce el derecho del deudor a suspender el pago de su obligación mientras que el cesionario aporte la prueba exigida.

De manera similar se consagran ambos derechos en los principios Unidroit (art. 9.1.12) cuyos numerales 1 y 2 consignan el derecho del deudor a exigir prueba de la cesión al cesionario que lo ha notificado y a suspender el pago mientras no reciba dicha prueba.

Pero además agrega en el n.º 3º que si la prueba no es aportada, la notificación hecha por el cesionario no surte el efecto esperado.

En el n.º 4º explica que se entiende por prueba suficiente de la cesión, un escrito emanado del cedente en el que se exprese que la cesión ha tenido lugar.

Por su parte en el DCFR (art. 5:120) el derecho del cedido a exigir prueba de la cesión se presenta en tres situaciones.

La primera es cuándo el deudor tiene motivos razonables para creer que el cedente ya no es el acreedor y además no ha sido notificado de la cesión, caso en el cual puede pedirle al cedente que le proporcione una notificación de la cesión, o una confirmación de que el derecho no ha sido cedido o que el cedente todavía tiene derecho a recibir el pago.

La segunda se presenta cuándo el deudor ha recibido una notificación que no es adecuada o es poco clara, evento en el cual le puede solicitar a la persona que lo notificó que le proporcione una nueva comunicación que cumpla estos requisitos.

La última situación se presenta cuando el deudor ha sido notificado por el cesionario, en cuyo caso puede pedirle al cesionario que aporte prueba de la cesión siendo suficiente con una declaración emitida por el cedente en la que haga constar que el crédito ha sido cedido.

En todas estas situaciones se reconoce a favor del deudor cedido el derecho a suspender el pago de su obligación mientras se aporte la prueba por él solicitada.

Cómo se puede apreciar de la redacción y el contenido de estos artículos los derechos enunciados parecen lógicos por derivar del sentido común y de la práctica misma de los negocios. Sin embargo en nuestra opinión su regulación dentro de los instrumentos de armonización y unificación permite cristalizar estos derechos y generar mayor seguridad jurídica al deudor cedido, quien recordemos no debe resultar afectado como consecuencia de la cesión del crédito.

Además consideramos que la expresión de estos derechos no sería necesaria si en las normas correspondientes al régimen general de los contratos y obligaciones, hubiese un artículo que reconociera los comentados derechos, en especial, el de suspender el pago en caso de duda sobre la identificación del deudor.

Tal vez la única opción contemplada por algunos ordenamientos sea el pago por consignación, alternativa que precisamente es prevista en el CEC (art. 124).

#### D. GARANTÍAS

En la cesión de créditos la expresión garantía se refiere a *la asunción de parte del deudor, de una obligación secundaria o subsidiaria que integra o refuerza el contenido del derecho atribuido al acreedor y agrava la responsabilidad*<sup>61</sup>.

61 Cfr. FRAGALI, Michele. Voz Garanzia (dir. priv.), en Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè editore, 1969.



Tradicionalmente se han distinguido dos especies de garantías en el régimen de cesión de créditos. Estas son: la denominada garantía de existencia del crédito cedido y la garantía de solvencia del deudor cedido.

Por lo general la garantía de existencia ha sido comprendida en la mayoría de ordenamientos como un elemento de la naturaleza del negocio, en el sentido de que hace parte de la cesión misma aunque las partes no la hayan pactado.

En cambio la garantía de solvencia usualmente requiere un pacto adicional proveniente de las partes, es decir que constituye un elemento accidental y por tanto no es inherente al negocio.

Este antecedente resulta evidenciado en algunos de los instrumentos de armonización y unificación analizados.

Véase por ejemplo cómo en el DCFR (art. 5:112 n.º 7º) al tratar el tema de las garantías a cargo del cedente enumera dentro de estas la garantía de existencia, mientras que prevé expresamente que: "El cedente no declara que el deudor tiene o tendrá la capacidad de pagar".

Por su parte, en los PECL (art. 11:204) y en los principios Unidroit (art. 9.1.15) el artículo dedicado a las garantías a cargo del acreedor cedente contempla la garantía de existencia, pero no la de solvencia, aunque tampoco la excluyen expresamente, razón por la cual se puede inferir que no está a cargo del cedente la garantía de solvencia del deudor cedido ya que requiere de pacto expreso.

Así se explica en los comentarios a los principios Unidroit, en los que al tratar el artículo indican que no hay un compromiso relativo a la ejecución o a la solvencia del deudor cedido a cargo del cedente, por lo que en ausencia de un acuerdo expreso no existirá dicha garantía en virtud de tal artículo<sup>62</sup>.

A diferencia de los instrumentos precitados, en el CEC sí se prevé expresamente una garantía de solvencia a cargo del cedente bajo ciertas circunstancias.

Así lo consagra el artículo 123 n.º 2º que pone a cargo del cedente la garantía de existencia como también la garantía de la solvencia actual en los límites de lo que haya recibido, al cedente de buena fe de la cesión hecha a título oneroso; aclarando que el cedente garantizará la solvencia futura solo si ha sido expresamente prometida.

En cambio en la cesión a título gratuito el art. 123 n.º 3º prevé que el cedente responderá de la existencia del crédito y de la solvencia del deudor únicamente en los límites en los que así lo haya prometido.

Cuándo el cedente sea de mala fe, responderá en todo caso de los daños que sufra el cesionario, a condición de que el incumplimiento no dependa de una negligencia de este último (art. 123 n.º 4º).

62 Comentarios, p. 332-333.

Ahora, teniendo en cuenta que la garantía de existencia goza de una mayor extensión y un mayor desarrollo al ser comprendida como un elemento de la naturaleza de la cesión, centraremos el presente análisis alrededor de la misma.

Lo primero que debemos advertir es que en los instrumentos analizados parece abandonarse la referencia escueta a la garantía de existencia del crédito o de existencia y legitimación, típica de las codificaciones civiles, por un catálogo más amplio y detallado de las diversas garantías a cargo del acreedor cedente.

En nuestra opinión, esto constituye un avance significativo desde el punto de vista de la regulación de la figura, pues da mayor claridad a la misma.

Dentro de esas garantías en los PECL, en los principios Unidroit y en el DCFR, coinciden las siguientes:

- La garantía de existencia del crédito cedido en el momento de la cesión<sup>63</sup>
- La garantía del derecho que tiene el cedente a ceder el crédito en el momento de la cesión<sup>64</sup>
- La garantía de que el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario (y es libre de toda pretensión o derecho de un tercero)<sup>65</sup><sup>66</sup>
- La garantía de que el derecho del cesionario no resultará afectado por la oposición de medios de defensa por parte del deudor cedido<sup>67</sup>, y
- La garantía de que el derecho no se verá afectado por algún derecho de compensación existente entre el cedente y el deudor cedido<sup>68</sup>

Como comentábamos previamente, la existencia de un elenco concreto de todas las garantías a cargo del acreedor cedente nos parece muy útil para una mejor comprensión de la figura. Sin embargo, ello no elimina completamente las controversias que se pueden suscitar alrededor del contenido de cada una de estas garantías.

63 PECL art. 11:204 lit. a num.ii, Principios Unidroit art. 9.1.15 lit.a, DCFR art. 5:112 n.º 2 lit. a.

64 PECL art. 11:204 lit. a num. i, principios Unidroit art. 9.1.15 lit. b, DCFR art. 5:112 n.º 2 lit. b.

65 En el DCFR y en los PECL, la garantía del cedente de no haber cedido previamente el mismo crédito se complementa indicando que el cedente también garantiza que el crédito no está sujeto a ningún derecho de garantía a favor de cualquier otra persona o a cualquier otro gravamen, es decir que excluye expresamente la posibilidad de ceder un crédito que ha sido cedido a título de garantía previamente, a diferencia de los principios Unidroit en los que aparentemente según los comentarios esto se podría hacer.

66 PECL art. 11:204 lit. a num. iii, principios Unidroit art. 9.1.15 lit. c, DCFR art. 5:112 n.º 2 lit. e.

67 En los PECL esta garantía es enunciada en el num. ii lit. a del art. 11:204, dentro del cual se comprenden: la existencia del crédito cedido y la ausencia de medios de defensa oponibles por el deudor cedido, abarcando este último aspecto la compensación que puede oponer el deudor cedido. Principios Unidroit art. 9.1.15 lit. d, DCFR art. 5:112 n.º 2 lit. c.

68 Principios Unidroit art. 9.1.15 lit. e, DCFR art. 5:112 n.º 2 lit. d.

Así por ejemplo, en cuanto a la garantía de existencia del crédito cedido en el momento de la cesión, tendrá que determinarse cuando se considera existir o no un crédito, aspecto éste objeto de debates en la doctrina de algunos países en los que se contempla solamente la garantía de existencia a cargo del cedente.

En los comentarios a los principios Unidroit se menciona como ejemplo de un crédito inexistente aquél que ha sido pagado por el deudor cedido antes de la cesión o aquél que ha sido anulado previamente<sup>69</sup>.

Por su parte en el DCFR se ejemplifica la inexistencia del crédito haciendo alusión a la cesión de un crédito derivado de una compraventa que en realidad nunca existió<sup>70</sup>.

Pero no se limita a esto, pues el DCFR va mucho más allá, ya que resuelve en cierta medida las controversias que se pueden suscitar alrededor de lo que se entiende por crédito existente a través de varios artículos, entre los cuales se encuentran el art. 5:104 sobre los requisitos fundamentales de una cesión, el art. 5:111 sobre el derecho o poder para realizar una cesión, y el art. 5:118 concerniente a los efectos de la invalidez inicial, de la subsiguiente anulación, del desistimiento, de la resolución y de la revocación del contrato o del acto jurídico que da lugar a la cesión.

Es así como el art. 5:104 n.º 1º consagra como requisitos fundamentales de la cesión, los siguientes:

- (a) que el derecho exista;
- (b) que el derecho sea cedible;
- (c) que la persona que pretende transmitir el derecho tenga derecho o legitimación para realizar la transmisión;
- (d) que el cesionario tenga derecho a exigir al cedente la transmisión en virtud de un contrato o de otro acto jurídico, o de una orden judicial o de alguna disposición jurídica; y
- (e) que haya un acto válido de cesión del derecho.

Por su parte el art. 5:111 establece que el requisito del derecho o legitimación del art. 5:104 n.º 1º lit. c, debe cumplirse en el momento en que la cesión tenga lugar, más no necesariamente en el momento del acto de cesión.

En cuanto al art. 5:118 su contenido es muy útil cuándo el derecho del cesionario se desprende de un contrato u otro acto jurídico subyacente, sea o no seguido por un acto de cesión.

Recordemos que al tratar sobre la naturaleza de la cesión advertimos cómo en el DCFR se distingue entre la cesión entendida como la transferencia del derecho, el acto de cesión cómo el contrato u otro acto jurídico cuyo objeto

69 *Commentaire Unidroit principes*, p. 330.

70 Véase comentarios al art. 5:112 del DCFR.

es efectuar la transmisión de un derecho y el contrato u otro acto jurídico subyacente, entendido como el contrato o acto por medio del cual el cedente se compromete a ceder su crédito al cesionario<sup>71</sup>.

Es bajo esta óptica que deben comprenderse los requisitos fundamentales de una cesión previstos en el art. 5:104, pues ellos deben ser satisfechos en el momento de la cesión, esto es cuándo tenga lugar la transferencia de los derechos y no necesariamente deben estar presentes antes, al estipular el contrato o acto jurídico subyacente o el acto de cesión.

Así pues el cedente se puede comprometer a través de un contrato o acto jurídico subyacente a ceder un derecho futuro, pero la transferencia, es decir la cesión efectiva del mismo dependerá de que dicho derecho llegue a existir (art. 5:106 n.º 1º DCFR).

Lo mismo debe entenderse con relación al derecho o legitimación del cedente para ceder el crédito, pues este requisito debe cumplirse para que tenga lugar la transferencia y no es necesario que esté presente al celebrarse el acto de cesión (art. 5:111).

En estos términos debe interpretarse el art. 5:118 que alude a los efectos que producen algunas formas de ineficacia presentes en el contrato o acto jurídico subyacente del que se deriva la obligación de cesión, sobre la cesión misma, independientemente de que haya habido o no un acto de cesión aparte.

Entonces conforme a dicho artículo:

– Si el contrato u otro acto jurídico subyacente es nulo desde el principio, la cesión no tiene lugar.

– Si después de que la cesión haya tenido lugar, el contrato u otro acto jurídico subyacente es anulado en virtud del Libro II, Capítulo 7, se considera que el derecho nunca se ha transmitido al cesionario (efecto retroactivo sobre la cesión).

– Si después de que la cesión ha tenido lugar, se desiste del contrato u otro acto jurídico subyacente en virtud del Libro II, Capítulo 5, o se resuelve la relación contractual en virtud de cualquier regla del Libro III, o se revoca una donación en virtud del Libro IV.H, Capítulo 4, no hay efecto retroactivo sobre la cesión.

De esta manera se elimina cualquier controversia que se suscite en torno a la situación en la que queda la cesión como consecuencia de la ineficacia del acto que le dio origen, y en consecuencia sobre la operancia o no de las garantías, en particular, de la garantía de existencia del crédito – controversias que sí tienen lugar en la doctrina y jurisprudencia de algunos derechos internos -.

71 Ver supra p. 7.

En nuestra opinión el sistema de transferencia de créditos en el DCFR, refleja una gran similitud con el sistema de transferencia de los derechos reales, tal como se confirma en los comentarios a algunos artículos de dicho instrumento<sup>72</sup>.

Volviendo con el análisis general del artículo 5:112 sobre las garantías a cargo del acreedor cedente, otro aspecto que consideramos positivo en esta forma de plantear las garantías radica en la desvinculación de las mismas a la función específica de la cesión.

Es decir que el catálogo de garantías previstas es independiente del título bajo el cual se celebra la cesión, esto es a título oneroso o a título gratuito, cuestión ésta que constituye un criterio para distinguir el contenido de las garantías a cargo del acreedor cedente.

Ello no obsta para que la naturaleza del título en virtud del cual se celebra la cesión, tenga una incidencia directa en el contenido de las garantías, tal como se pone de presente en los comentarios al artículo 5:112 del DCFR.

En dicho comentario se indica que en materia de garantías existen tres fuentes diversas, las cuales deberán ser atendidas en el siguiente orden: (1) las estipulaciones de los contratantes en el contrato o acto jurídico de cesión –recordemos que este tiene un significado específico en el DCFR-, (2) las normas supletorias según el tipo de transacción del cual se trate, y (3) en subsidio el conjunto de garantías implícitas previstas en este artículo, las cuales serán aplicables a cualquier clase de cesión salvo que exista disposición en contrario.

Además de las garantías reseñadas, existen otras garantías a cargo del cedente previstas tanto en los PECL como en el DCFR, y otras que solo se contemplan en este último.

Estas son:

– El cedente garantiza que cualquier término del contrato o de otro acto jurídico, que han sido revelados al cesionario como términos que regulan el derecho, no han sido modificados ni están afectados por cualquier acuerdo oculto cuyo significado o efecto sería perjudicial para el cesionario.

– El cedente garantiza que los términos de cualquier contrato u otro acto jurídico de los que se deriva el derecho no serán modificados sin el consentimiento del cesionario, salvo que la modificación se prevea en el acto

72 Así por ejemplo en el Comentario al art. 5:104 n.º 1º lit. d, se indica lo siguiente: "El apartado (1)(d) contesta una pregunta que quedaba sin respuesta en los Principios de derecho contractual europeo. Adopta la misma solución que se adopta en el Libro VIII para la transmisión de bienes muebles tangibles. El cesionario debe tener derecho a exigir al cedente la transmisión del derecho en cuestión en virtud de un contrato o de otro acto jurídico, o de una orden judicial o de alguna disposición jurídica. Esto tiene especial importancia si el contrato que confiere el derecho (por ejemplo, un contrato de compraventa del derecho) es nulo o se anula. En tal caso, la cesión no tiene lugar. Ver el Artículo III.-5:118 (Efectos de la invalidez inicial, anulación subsiguiente, rescisión, resolución y revocación)." (subraya fuera de texto).

de cesión o se haga de buena fe y sea de tal naturaleza que el cesionario no pueda razonablemente oponerse (DCFR art. 5:112 n.º 4º y con otros términos pero igual contenido en los PECL art. 11:204 lit. b).

– El cedente garantiza que no celebrará o concederá ningún acto de cesión posterior del mismo derecho que pudiera dar prioridad a otra persona sobre el cesionario.

– El cedente garantiza que transmitirá al cesionario o adoptará las medidas necesarias para completar la transmisión de todos los derechos transmisibles cuyo fin sea garantizar el cumplimiento que no hayan sido transmitidos ya por la cesión, y que transmitirá los beneficios de cualquier derecho no transmisible cuyo fin sea garantizar el cumplimiento. (DCFR art. 5:112 n.º 6º y con otros términos pero igual contenido en los PECL art. 11:204 lit. c).

## CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio hemos tratado de identificar los principales aportes hechos por los proyectos de armonización y unificación a la figura de la cesión de créditos, más que todo respecto de las primeras codificaciones decimonónicas.

Dicho análisis ha sido muy interesante pues hemos podido observar un verdadero desarrollo de la figura, lo que en nuestra opinión demuestra la vigencia de la cesión de créditos.

Sin embargo dentro de esos cambios hay algunos que parecen más convenientes que otros, o que tal vez se acomodan de mejor forma a unos principios jurídicos que a otros, razón por la cual a continuación haremos un elenco de la pertinencia de dichos cambios en especial respecto de nuestro código civil colombiano.

- En primer lugar, en cuanto a la sistemática de la figura, un cambio de la misma en aquellos códigos en los cuales aún se encuentra regulada dentro del título relativo a los contratos en especial, sería conveniente, pues ratificaría la posibilidad de que se desprenda de cualquier título o relación jurídica subyacente. Además nos parece que resultaría más acorde con la naturaleza jurídica de la misma si se incluyera dentro del título de las obligaciones en general.

- En cuanto al pacto de incedibilidad regulado en los proyectos de armonización estudiados, consideramos importante su tratamiento dentro de la disciplina de la cesión de créditos, indicando más que todo los efectos que produce respecto del negocio de cesión.

Asimismo a este respecto apreciamos dentro de los proyectos de armonización una marcada tendencia a priorizar la cedibilidad del crédito, eliminando o soslayando las posibles barreras existentes, con la justificación de su importancia como medio de financiación.

Sin embargo esto nos lleva a interrogarnos la conveniencia de esta orientación ante el principio del *favor debitoris*.

- Dentro del tema de la liberación del deudor cedido por el pago efectuado a persona distinta del verdadero acreedor, nos parece que se aprecia la importancia que la consideración de estas dos variables tienen: el conocimiento del deudor cedido y el pago hecho a una persona distinta del cedente y del verdadero acreedor. Por esta razón nos parece que su presencia dentro de algunas codificaciones latinoamericanas sería deseable.

- Por otra parte, en nuestra opinión, uno de los aportes más significativos de los proyectos de armonización tiene que ver con las nuevas manifestaciones del principio del *favor debitoris*, más exactamente aquellas relativas al derecho de suspender el pago en caso de duda sobre el verdadero acreedor, o el reconocimiento de una indemnización en caso de gastos adicionales asumidos por el deudor cedido para cumplir su obligación.

Este tipo de manifestaciones que no son previstas en las disciplinas de cesión en los diversos códigos civiles latinoamericanos resultan útiles para proteger al deudor cedido de manera más eficaz.

- Finalmente otro tema que merecería una revisión es el de las garantías a cargo del acreedor cedente, pues se trata del principal efecto que se desprende de la cesión, razón por la cual la certeza sobre aquello que cubre resulta adecuada.

- En suma, son muchas las observaciones que este análisis comparado nos permite hacer sobre la cesión de créditos, lo que ratifica su utilidad en el estudio del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO REHBEIN, Alberto. *La cesión de créditos y las cláusulas de mejores esfuerzos en el derecho comparado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

ALPA, Guido. *Le "fonti" del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, (sintesi della relazione presentata al 1° Convegno nazionale S.I.S.Di.C). En: *Il diritto civile oggi. Compiti specifici e didattici del civilista - Atti del I Convegno nazionale SISDIC*, Napoli, 2006.

ALTERINI, Atilio A. *Los mecanismos para hallar una lingua franca jurídica*, en Roma e America, n.º 26, 2008.

CALVO COSTA, Carlos A. *El principio "favor debitoris" frente al proyecto de Código Civil y Comercial*. En: *La Ley* (diario), vol. 2013-C, ejemplar del 24/04/13, pp. 1 a 4 [on line], [citado 2015-10-23], disponible en: <http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Favor%20debitoris%20La%20Ley.pdf>

CASHIN-RITAINE, Eleanor. *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Francia, LGDJ, 2001.

- CIURO CALDANI, Miguel A., *Bases iusfilosóficas para la armonización del derecho privado latinoamericano*, en Roma e America, n.º 26, 2008.
- EBERS, Martin. De la armonización mínima a la armonización plena, en InDret, n.º 2, 2010 [on line], [citado 2015-10-15], disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225376/306687>
- FINAZZI, Giovanni. *La Cessione del Credito*, en Trattato delle Obbligazioni, vol. IV La circolazione del credito, a cura di Alessi Rosalba, Mannino Vincenzo, Padova, CEDAM, 2008.
- FRAGALI, Michele. Voz Garanzia (dir. priv.), en Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè editore, 1969.
- FRIGNANI, Aldo. *Il contratto internazionale*, vol. 12, en: Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, dir. por Francesco Galgano, Italia, Wolters Kluwer, 2010.
- GARRO, Alejandro M. *Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*. En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 22 (1993): 111-124.
- GÓMEZ POMAR, Fernando; GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José. *Fundamentos económicos de la armonización del derecho privado europeo*. En InDret [online], n.º 2, 2011, [citado 2015-10-15], p. 10, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/241330/323921>,
- GÓMEZ, Angela. *Dificultades de la integración económica en América Latina "La Armonización de impuestos indirectos el mayor desafío en la CAN"*, [en línea] 2010, XIII (Enero-Junio) : [Fecha de consulta: 13 de enero de 2016] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617271004>> ISSN 0121-182X.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación civil en Iberoamerica siglos XIX y XX*, Chile, Editorial jurídica de Chile.
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2007.
- KNÜTEL, Rolf. *Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni*, en Roma e America, n.º 27, 2009.
- LABRIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. *Los principios del derecho europeo de los contratos y el favor contractus*, en Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, t. II. 2006.
- LÉPLAT, Frédéric. *La Transmission conventionnelle des creances* (Tesis), Paris X – Nanterre, 2001, [on line], [citado 2015-10-15], disponible en: [www.glose.org](http://www.glose.org).



MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit Civil: les obligations*, Paris, Defrénois, 2007.

MAZZA, Francesca. *Comment to Assignment of Rights: Arts 9.1.1-9.1.15*, pp. 973-1024, *Transfer of Obligations: Arts 9.2.1-9.2.8*, pp. 1025-1040, *Assignment of Contracts: Arts 9.3.1-9.3.7*, pp.1041-1050, En: S.VOGENAUER - J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, 2009.

MOMBERG URIBE, Rodrigo. *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*. En: *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2009, vol. 22, n.º 1 [citado 2015-10-15], p. 19 Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000100001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000100001&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000100001>.

PERLINGIERI, Pietro. *Della cessione dei crediti*, en: *Commentario del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>

ROMERO GIL D., María Concepción P., *Avances en la aplicación de los principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. cláusulas modelo para los contratantes*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, marzo 2014.

SCHIPANI, Sandro. *Releer los digesta de Justiniano para un Código de las Obligaciones latinoamericano*. En: *Roma e America*, n.º 26, 2008.

SCHIPANI, Sandro. *Codici Civili nel Sistema latinoamericano*, en *Digesto delle discipline privatistiche -Sezione Civile*, 4ª ed., Torino, Utet, 2010, vol. agg.